

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

ESCUELA DE POSTGRADO DE DERECHO



“EFECTOS DE LA CONDENA DEL ABSUELTO EN APLICACIÓN DE LOS ARTS. 419 INC.2 Y 425 INC. 3 LITERAL B DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004”

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO PENAL

AUTOR: Bachiller Espinola Otiniano, Diómedes Hernando

ASESORA: Dra. Lozano Ybañez, Nelly Felicita



TRUJILLO- PERÚ

2015

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

ESCUELA DE POSTGRADO DE DERECHO



“EFECTOS DE LA CONDENA DEL ABSUELTO EN APLICACIÓN
DE LOS ARTS. 419 INC. 2 Y 425 INC. 3 LITERAL B DEL CÓDIGO
PROCESAL PENAL DEL 2004”

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO PENAL

AUTOR: Bachiller Espinola Otiniano, Diómedes Hernando

ASESORA: Dra. Lozano Ybañez, Nelly Felicita



TRUJILLO- PERÚ

2015

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO

A mis hijos Joel y Emily

*Porque han sido la fuente de inspiración y deseo
Para concretar este ansiado anhelo*

*A mi esposa Nelly
Gracias, porque este
trabajo no se habría
concretizado sino hubiese
sido por su invaluable
apoyo.*

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado, presentamos ante usted la tesis denominada: “EFECTOS DE LA CONDENA DEL ABSUELTO EN APLICACIÓN DE LOS ARTS. 419 INC. 2 Y 425 INC. LITERAL B DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004”, para obtener el grado de Maestro en Derecho Penal, esperando que la misma sea evaluada para su aprobación.

El autor

RESUMEN

La presente investigación desarrolló la problemática consistente en la aplicación de los Artículos 419 inc. 2 y 425 inc. 3 literal b del Código Procesal Penal, esto es de condenar al absuelto en primera instancia, la misma que se analizó desde dos perspectivas tanto nacional como extranjera, teniendo como resultados la vulneración a diversos principios procesales tanto penales como constitucionales; para ello se formuló el problema: “Determinar los efectos jurídicos de condenar en segunda instancia al absuelto a tenor de lo prescrito en el inciso 2 del artículo 419 e inciso 3b del artículo 425 del Código Procesal Penal”.

En el desarrollo de esta tesis, se hizo uso del método científico, los métodos lógicos, y los métodos jurídicos, junto con las técnicas e instrumentos principalmente el de recopilación documental y el de entrevista a diversos especialistas en el tema.

Se obtuvo resultados y se discutió los mismos planteando nuestra posición y adhiriéndonos a la inaplicación de esta normatividad por sus efectos nocivos y vulneratorios a los principios antes indicados.

Culminada la investigación hemos planteado conclusiones y nos hemos atrevido a plantear sugerencias legislativas en la espera de que esto contribuya a la mejora de condenar en segunda instancia a una persona absuelta en primera instancia.

ABSTRACT

This research developed the problems involving the application of Article 425 inc . 3, paragraph b , that is to condemn the acquitted at first instance, the same that was analyzed from two perspectives both domestic and foreign , with the results to various procedural breach both criminal and constitutional principles , for which the problem was formulated : "Determining the legal effect of condemning the acquittal on appeal pursuant to the requirements of paragraph 2 of Article 419 and paragraph 3b of Article 425 of the Criminal Procedure Code".

In developing this thesis, using the scientific method , logical methods , and legal methods was made, along with the techniques and instruments mainly documentary collection and interview various experts on the subject .

Results were obtained and discussed our position and asking them to adhere to the non-application of this regulation by its harmful effects and vulneratorios to the above principles.

The completion of the research findings have raised and we have dared to raise legislative suggestions in the hope that this will contribute to the improvement of sentencing on appeal following acquittal at first instance.

TABLA DE CONTENIDO

Dedicatoria y Agradecimiento	iii
Presentación	iv
Resumen	v
i. Abstract	vi
Tabla de contenidos	vii
Capítulo I- El Problema	9
1. Realidad Problemática	10
2. Formulación del Problema	12
3. Hipótesis	12
4. Variables	12
5. Objetivos	12
6. Justificación.....	14
Capítulo II Metodología	17
1. Tipo de Investigación	18
2. Operacionalización de variables	19
3. Material y Métodos	20
4. Técnicas e instrumentos	20
5. Procedimiento de recolección de la información	25
6. Diseño de procesamiento de la información	25
7. Diseño de presentación y análisis de datos	25
Capítulo III. Fundamentación Teórica	27
2. Sub Capítulo I. Marco referencial.....	28
a. Antecedentes.....	28
3. Sub Capítulo II. Marco Teórico.....	32
a. Título I: Los sistemas Procesales	32
i. Definición.....	32
ii. Clases	32
b. Título II: Principios y garantías procesales	40
i. Principios y garantías comunes de todos los procesos	40
ii. Garantías genéricas del proceso penal	49
c. Título III: El proceso penal peruano	81
i. Definición	81
ii. Fases del Nuevo proceso penal común	81

d. Título IV: Los recursos impugnatorios en el nuevo código procesal penal	89
i. Definiciones	89
ii. Sustento de los recursos impugnatorios.....	89
iii. Elementos de la impugnación	90
iv. Sujetos facultados para la impugnación	91
v. Admisión de los recursos	91
vi. Ambito del recurso de impugnación	92
vii. Competencia del Tribunal que conoce la impugnación	92
viii. Efectos	93
ix. Ejecución provisional de las resoluciones impugnadas.....	93
x. Clases	93
Capítulo IV. Resultados y Discusión	119
1. Sub Capítulo I. Posiciones adoptadas por la jurisdicción internacional respecto a la condena del absuelto.....	120
a. Posición de los países Europeos y Americanos	120
b. Posición del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	143
c. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	144
2. Sub Capítulo II. Posiciones asumidas por los órganos jurisdiccionales en el Perú.....	162
a. Posición asumida por la Corte Suprema de Justicia.....	162
b. Posición de las Salas Penales Superiores	165
3. Sub Capítulo III. Efectos de la aplicación de Art. 425 inc. 3 literal B del Nuevo Código Procesal Penal.....	171
Conclusiones.....	185
Recomendaciones	189
Sugerencias.....	191
Referencias Bibliográficas	194
Anexos	199



CAPITULO I.

EL PROBLEMA

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

Los artículos 419 inciso 2 y el 425 inciso 3.b) del Nuevo Código Procesal Penal facultan a la Sala Penal de Apelaciones a declarar la confirmatoria, revocatoria o nulidad de las sentencias absolutorias de primera instancia venidas en grado de apelación. La problemática se presenta en cuanto a la revocatoria, posibilitando a que si la sentencia de primera instancia fue absolutoria, la Sala podrá emitir una sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la mera absolución a una causa diversa a la señalada por el juez. Es decir, desde el punto de vista procesal, es posible que la Sala Superior de Apelaciones revoque una sentencia absolutoria y resuelva imponiendo una sentencia condenatoria contra el acusado. En el supuesto que el procesado no esté de acuerdo con esta sentencia en segunda instancia que lo condena por primera vez, tendrá como último recurso habilitado para su defensa el recurso impugnatorio de casación para que a través de él sea revisada su condena; sin embargo, el recurso de casación no constituye una instancia en sí misma sino un recurso extraordinario que tiene por finalidad el control y la aplicación correcta del derecho por los jueces, esto es del derecho, tanto el sustantivo como el adjetivo, es decir; la casación se limita- partiendo de los mismos hechos fijados en la instancia- a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que haya conducido a él, más de ningún modo le permite que los Jueces Supremos puedan hacer un análisis de los hechos y las pruebas, esto es hacer un análisis de fondo.

Esta indefensión por la imposibilidad de someter a reevaluación el contenido de la sentencia constituiría una vulneración al principio de pluralidad de instancias, consagrado en el artículo 139° incisos 6 de la Constitución Política del Perú, así como lo establecido por diferentes instrumentos internacionales como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 14° inciso 5° el cual expresamente establece: "... Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley..." , así

como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.2, h, prescribe que toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

El Tribunal Constitucional, por su parte, considera que “El derecho a la pluralidad de instancias garantiza que los justiciables, en la sustanciación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza, puedan recurrir las resoluciones judiciales que los afectan, ante una autoridad jurisdiccional superior. En la medida que la Constitución no ha establecido cuáles son esas instancias, el principio constitucional se satisface estableciendo cuando menos una doble instancia; y, en esa medida, permitiendo que el justiciable tenga posibilidad de acceder a ella mediante el ejercicio de un medio impugnatorio”.¹

En ese sentido La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema se ha pronunciado a propósito de la consulta que hace la Corte Superior de Justicia de Arequipa por lo resuelto en el Expediente N°.2008-12172-15, DESAPROBANDO la resolución consultada en cuanto declara inaplicable a este caso en concreto, el artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, desaprobación que lo sustenta en el desarrollo de lo establecido en el aludido artículo, en cuanto señala que *“si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar”*; a su criterio dicha norma no colisiona con el derecho a la Instancia Plural que consagra la Constitución Política del Perú, por cuanto el principio constitucional de la instancia plural trata en definitiva que admita la posibilidad, que el objeto o pretensión pueda ser discutida ampliamente en dos instancias, a instancia tanto de la parte acusada como acusadora, por ende el acusado, pero también la acusación respecto de su pretensión tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva, defendiéndose de la acusación durante la primera instancia y luego, ante la

¹ ORE GUARDIA, Arsenio. OPINIÓN PARA VI PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA. TEMA: LA CONDENA DEL ABSUELTO.

apelación presentada por el Fiscal, también podrá hacerlo en segunda instancia a través de sus alegatos respectivos.

Ante esta problemática las Salas Penales Superiores del Distrito Judicial La Libertad desde la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal han optado por declarar la Nulidad de las sentencias absolutorias antes de revocarlas, salvaguardando con ello el derecho a la pluralidad de Instancias.

En este sentido, la presente investigación está orientada a determinar los efectos jurídicos de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 419 inciso 2 y 425 3b de las sentencias expedidas en segunda instancia en la parte específica que permite la condena al imputado que ha sido absuelto en primera instancia.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

Determinar los efectos jurídicos de condenar en segunda instancia al absuelto a tenor de lo prescrito en el inciso 2 del artículo 419 e inciso 3b del artículo 425 del Código Procesal Penal.

3. HIPÓTESIS.

“Estando ante un problema de determinación, la hipótesis es implícita en la medida que los efectos jurídicos serán determinados al final de la investigación”

4. Variables:

VI:

- Aplicación del inciso 2 del artículo 419 del Código Procesal Penal
- Aplicación del inciso 3b del artículo 425 del Código Procesal Penal en cuando condena al acusado absuelto.

VD

- Efectos jurídicos de condena al absuelto

5. OBJETIVOS.

5.1 Objetivos Generales.

- Identificar los efectos jurídicos como consecuencia de la condena en segunda instancia al absuelto en primera instancia dentro del Nuevo Código Procesal Penal

5.2 Objetivo Específicos.

- Explicar los criterios que deban tomarse en cuenta para la inaplicación de los arts. 419 inc. 2 y 425 inc. 3 literal b del Código Procesal Peruano.
- Analizar la problemática que plantea la aplicación de los arts. 419 inc. 2 y 425 inc. 3 literal b del Código Procesal Peruano.
- Identificar los principios procesales que contraviene al condenar al acusado absuelto.
- Identificar los principios constitucionales que se vulneran con la condena del acusado absuelto.
- Analizar los principios recogidos en los tratados internacionales que se vulneran con la condena del acusado absuelto.
- Describir la posición que ha adoptado la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la condena del acusado absuelto.
- Puntualizar la posición adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Analizar las posiciones que han adoptado los órganos jurisdiccionales de la Libertad, Arequipa, Huaura y la Corte Suprema respecto al condenar al acusado absuelto.

- Dar a conocer las interpretaciones que estudiosos del Derecho Procesal Penal le han dado al tratamiento de la condena del absuelto.
- Sugerir probables soluciones jurídicas que permitan homologar criterios de los operadores jurídicos respecto de la condena del absuelto contemplada en los artículos 419 inciso 2 y 425 inciso 3 literal b del Nuevo Código Procesal Penal.

6. JUSTIFICACIÓN.

Un aspecto esencial que debe tener todo ordenamiento jurídico es la coherencia; esto es que las normas ordinarias deben obedecer y respetar la Jerarquía Constitucional, así como respetar los principios que inspiran a cada cuerpo normativo, un problema que se genera en los diversos órganos jurisdiccionales de apelación es precisamente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 419 inciso 2 y 425 3b del Código Procesal Penal, que permite condenar al acusado que ha sido absuelto en primera instancia, respecto de lo cual no existe un criterio que permita unificar y darle una solución coherente a este problema pues mientras para algunos órganos jurisdiccionales se debe inaplicar dichos dispositivos por contravenir a la Constitución específicamente con el principio de pluralidad de instancias, para otros se opta por la nulidad de la sentencia por alguna deficiente motivación derivando a otro juzgamiento y para el criterio de la Corte Suprema no existe ningún problema de colisión con el principio de instancia plural al aplicar dichas normas; ello pues permite que la presente investigación además de analizar y/o confirmar los criterios adoptados por algunos órganos jurisdiccionales, determine los efectos que produce la aplicación de las normas que permiten condenar al absuelto y a la vez permitir alcanzar una alternativa de solución que permita eliminar las incoherencias no solo con las normas, principios constitucionales, sino también con los tratados internacionales de protección a los derechos

humanos; en consecuencia la presente investigación justifica su realización, desde los siguientes puntos de vista:

a) Justificación Teórica

Cabe precisar que el presente trabajo de investigación es conveniente, porque a través de él vamos a poder determinar los efectos jurídicos de la aplicación de los Arts. 419, inc. 2 y 425 inc. 3 literal b del CPP.

b) Justificación Metodológica

El trabajo de investigación ayudará a desarrollar los diversos criterios que existen en los Órganos Jurisdiccionales de primera y segunda instancia de los Distritos Judiciales de La Libertad, Arequipa, así como de las Salas Penales de la Corte Suprema; además permitirá tener en cuenta también la casuística Argentina, la misma que ha sido motivo de pronunciamiento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en incluso una de las últimas sentencias emitidas por la Corte de Justicia de España, resulta apropiada porque en esencia son contrarias a las de nuestro país y van a ilustrar a la solución del problema planteado

c) Justificación Práctica

Este trabajo de investigación nos ayudará a resolver la problemática de condena del absuelto, generando con ello un clima de solución del conflicto jurídico y entendimiento hacia la labor jurídica, acorde con nuestra Constitución y los instrumentos internacionales.

d) Justificación jurídica.

El presente trabajo de investigación tiene por fin establecer si en la labor jurisdiccional se respetan los principios, derechos y garantías constitucionales al momento de aplicar la norma al resolver la apelación de la sentencia absolutoria de primera instancia.

De manera específica, analizar los criterios que plasman los magistrados de segunda instancia y de las Salas Correspondientes de la Corte Suprema al motivar sus resoluciones que revocan o declaran nulas las decisiones que contienen las sentencias absolutorias y de este

modo verificar si en dichas instancias se respeten los derechos constitucionales de todo procesado,.

e) Desde el punto de vista social.

Porque con la presente investigación, podemos establecer los parámetros legales en nuestra sociedad, que como un factor de medición en cualquier sociedad civilizada como la nuestra, requiere de un orden establecido que en forma coherente contribuya a la paz social, a la protección de la sociedad y el respeto de los derechos fundamentales de sus integrantes dentro del desarrollo del proceso penal y con ello contribuir a materializar la seguridad jurídica que permita consolidar el desarrollo social.

A photograph of legal symbols including a brass scale of justice, a wooden gavel, and a stack of law books on a wooden surface. The scale is in the background, the gavel is in the foreground, and the books are stacked to the right. The text is centered over the image.

CAPITULO II.
METODOLOGÍA

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

- **Por su finalidad:**

APLICADA, en la medida que no solo contribuye en la aplicación del conocimiento del derecho sino que lleva a una aplicación inmediata por los fines prácticos que se ha alcanzado al final de la investigación; siendo que si hemos logrado objetivos inmediatos y jurídicos con la propuesta de una modificatoria de los Art. 419. Inc. 2 y 425 inc. 3 literal b. y fijación de parámetros que deben ser tomados en cuenta por los operadores jurídicos mientras esta norma no sea modificada.

- **Por su profundidad:**

Es una investigación DESCRIPTIVA EXPLICATIVA, puesto que, la presente investigación no solamente describe la problemática existente en la aplicación de los Arts. 419, inc. 2 y 425 inc.3 literal b sino que ha determinado cuáles son los efectos de aplicar la causa antes aludida y para ello esta investigación ha requerido un diseño planeado y estructurado que no solo minimice el error sistemático y maximice la confiabilidad, sino que también ha permitido conclusiones no ambiguas sobre los efectos, los mismos que han sido debidamente explicados en su forma y contenido.

- **Por su diseño:**

NO EXPERIMENTAL, ó ex post facto, lo cual significa “después de ocurridos los hechos”. Porque en la presente investigación los cambios en la variable independiente ya ocurrieron y el investigador tiene que limitarse a la observación de situaciones ya existentes dada la incapacidad de influir sobre las variables y sus efectos, esto es ante la imposibilidad de manipular las variables independientes que la presente investigación están constituidas por lo prescrito en el Art. 419, inc. 2 y . 425 inc. 3 literal b, solo ha quedado al investigador determinar los efectos jurídicos y plantear soluciones al respecto.

2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE	INDICADORES		SUB INDICADORES
“EFECTOS JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 419. INC. 2 Y 425 INC. 3 LITERAL B, DEL NCPP”.	DOCTRINARIOS	Procesalistas Penales y Constitucionales	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Cesar San Martin Castro ✓ Pablo Sánchez Velarde ✓ Jorge Luis Salas Arena. ✓ Mixan Mass, Florencio ✓ Avalos Rodriguez, Carlos ✓ Roxin Claus y otros
		NORMATIVOS	Nacionales
	Supranacionales		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Declaración Universal de los Derechos Humanos ✓ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos ✓ Convención Americana sobre Derechos Humanos
	SENTENCIAS JUDICIALES EN SEGUNDA INSTANCIA		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Sala de Apelaciones de Arequipa ✓ Sala de Apelaciones de La libertad
	LEGISLACIÓN COMPARADA		<ul style="list-style-type: none"> ✓ Alemania ✓ España ✓ Italia ✓ Colombia
	POSICIONES DE ESPECIALISTAS EN DERECHO PROCESAL PENAL Y CONSTITUCIONAL		<p>A favor de su aplicación</p> <p>En contra de su aplicación</p>

3. MATERIAL Y MÉTODOS

3.1 Material de Estudio

- **Universo:** La población de estudio está compuesta por 05 sentencias emitidas en los casos de condena o no condena del absuelto en primera instancia.
- De igual modo, se ha tenido en consideración en la medida de lo posible material bibliográfico especializado sobre la condena en segunda instancia del absuelto en primera instancia

- **Muestra:** Nuestro marco muestral está determinado por los casos que han sido tratados: sentencia de nulidad en el Distrito Judicial de La Libertad, sentencia de inaplicación del Distrito Judicial de Arequipa, sentencia de condena o sentencia de aplicación en el Distrito Judicial de Huara, sentencia de aplicación en España, sentencia del caso Mohamed vs Argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- **Técnica de muestreo:** La técnica empleada es la del muestreo de juicio o criterio del investigador en su modalidad de selección discrecional de una muestra, sin embargo se ha realizado en dos fases, un análisis de las posiciones a favor y otro de las posiciones en contra, esto es de su aplicación o inaplicación, siendo que se ha utilizado un muestreo Biétapico.

- **Material Bibliográfico:**
 - Texto de doctrina nacional y extranjera
 - Revistas especializadas
 - Información proveniente de Internet
 - Constitución Política del Estado.
 - Código Procesal Penal del año 2004
 - Sentencias sobre la condena del absuelto
 - Trabajos de investigación.

- Revistas jurídicas, informativos legales, periódicos, archivos y videos.

3.2 Métodos

La presente investigación se ha llevado a cabo bajo los diversos métodos científicos, lógicos y jurídicos

3.2.1 proposiciones referentes a hechos o estructuras de la naturaleza

Métodos Científico

Presenta diversas definiciones debido a la complejidad de una exactitud en su conceptualización: "Conjunto de pasos fijados de antemano por una disciplina con el fin de alcanzar conocimientos válidos mediante instrumentos confiables", "secuencia estándar para formular y responder a una pregunta", "pauta que permite a los investigadores ir desde el punto A hasta el punto Z con la confianza de obtener un conocimiento válido".

La presente investigación se desarrollará a través del método científico, entendiéndose a éste como el conjunto de procedimientos destinados a verificar o refutar.

3.2.2 Métodos en la recolección y análisis de datos

3.2.2.1 Métodos Lógicos

- **Método Analítico - Sintético**

Métodos utilizados en la presente investigación, esencialmente al momento del procesamiento de toda la información recopilada a través de una variada documentación, durante la primera etapa de la investigación, la misma que una vez seleccionada, bajo un arduo trabajo, se determinó los puntos primordiales, teniendo a lo largo de todo este proceso la hipótesis a comprobar; de igual manera se empleó para analizar los resultados obtenidos en la presente investigación, y a su

vez, al momento de elaborar los resultados, conclusiones, recomendaciones y el resumen de la presente tesis.

- **Método Inductivo – Deductivo**

Métodos utilizados tanto en la recolección de la información, como en la elaboración de los cuatro marcos que comprenden la fundamentación teórica al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular tomando como esencia a la normatividad, y el aspecto procesal penal y constitucional. De igual manera, se ha empleado para el análisis de las diversas sentencias.

Asimismo estos métodos se han empleado en la elaboración de las conclusiones y recomendaciones, precisando los resultados de todo el proceso de investigación, aplicándose el método Deductivo a partir de verdades previamente establecidas como principios generales se aplican a casos individuales comprobando su validez.

- **Método Estadístico**

Método utilizado desde el momento en que se ha recogido la información cuantitativa y cualitativa de la presente tesis, así como cuando se trabaje con la población y la determinación de la muestra.

De igual manera se ha empleado en el desarrollo del Capítulo IV – Resultados y Discusión, para la elaboración de cuadros resúmenes como consecuencia de los datos recogidos como resultados en la presente investigación.

- **Método Histórico**

Método empleado al momento de realizar la búsqueda de antecedentes referentes al tema materia de investigación, consistente básicamente en tesis previas que guarden relación con el tema y en ensayos publicados en Revistas

especializadas, como al momento de elaborar el marco histórico y contextual.

3.2.2.2 Métodos Jurídicos

Estos métodos han sido fundamentales en la elaboración de la presente tesis en la medida que se ha tenido que estudiar, analizar e interpretar las normas que regulan tanto la condena del absuelto en concordancia con los principios constitucionales y procesales que regulan todo el proceso penal peruano e incluso se ha recurrido a normas supranacionales y al análisis de los convenios internacionales de los cuales formamos parte.

- **Método Doctrinario**

Método que se ha empleado para seleccionar información con bases doctrinarias, extrayendo las distintas posturas y corrientes sobre el tema que se investigó, tanto de autores nacionales como internacionales, de los cuales se extraerá sus aportes más importantes relacionados con el presente trabajo de investigación.

- **Método Interpretativo**

Método que ha sido empleado esencialmente para lograr procesar, analizar y explicar lo prescrito por las normas procesales penales y constitucionales, concernientes al tema materia de investigación, de nuestro ordenamiento jurídico.

- **Método Hermenéutico**

Método que ha sido utilizado en el análisis e interpretación de textos legales, y de la legislación positiva en materia de derecho procesal penal y constitucional básicamente, pero no sólo agotado por la totalidad de disposiciones que forman el orden jurídico, sino por las reglas y principios que

constituyen la doctrina aplicable al orden jurídico en referencia.

4. Técnicas e Instrumentos

Las técnicas y los instrumentos que se ha utilizado en la presente tesis son:

- ✓ **Observación:** Como base del contacto del investigador con el hecho o fenómeno científico relevante para los fines de la investigación, el instrumento utilizado ha sido los medios sensoriales, especialmente mediante los audios de las lecturas de sentencias en primera instancia, así como audios de las sentencias de segunda instancia, en las cuales se ha recogido información valiosa en base a las situaciones que personalmente perciba, referidas a los fundamentos que se sustentan los jueces para emitir su pronunciamiento, que me han permitido analizar, sintetizar e interpretar cada caso en particular.

- ✓ **Análisis de contenido:** Se analiza la legislación y doctrina nacional y comparada, en materia de condena al absuelto, utilizándose como instrumentos guías de observación con los ítems predeterminados en el análisis de cada una de las sentencias y de la legislación comparada como de la posición de los diferentes autores, tanto nacionales como extranjeros.

- ✓ **Fichaje:** En nuestra etapa de recolección de información se han empleado fichas de investigación (textuales, resumen, comentario, mixtas), así como las fichas de campo, a fin de almacenarla y procesarla debidamente en el momento respectivo o en la elaboración del Informe final. Sin embargo debemos destacar que de acuerdo a los avances tecnológicos esta técnica ha sido reemplazada en un 80% por el empleo del uso del internet del escaneo y del fotocopiado.

- ✓ **Entrevistas:** Esta técnica si bien no se planteó como indicador al operativizar variables, al momento de obtener información de expertos en el tema de investigación, se ha utilizado los instrumentos de video

conferencia a través del videoskype, watsapp, así como las redes sociales (facebook), quienes han sido de valiosa ayuda en las diversas posiciones que tienen los doctrinarios en otros países especialmente en Colombia

- ✓ **Estadística descriptiva:** Nos ha permitido procesar los datos y su ulterior presentación en cuadros y gráficos estadísticos, utilizando las medidas de tendencia central

5. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Primer Paso: Se realizó una búsqueda de la bibliografía especializada tanto en las bibliotecas virtuales como físicas, de las diversas Universidades locales y nacionales, de las que se tuvo acceso.

Segundo Paso: Se hizo contacto con especialistas en el tema, se planificó a través de su correo electrónico el momento de su entrevista y en su fecha utilizando las herramientas antes descritas se pudo obtener la información a través del diálogo.

Tercer Paso: Se hizo las gestiones ante el Poder Judicial de La Libertad, para obtener información respecto a audio y sentencias vinculados al tema, realizando con posterioridad su transcripción y su análisis.

Cuarto Paso: Se realizó la búsqueda y obtención de las sentencias en las diferentes páginas de internet, tanto de la Corte Interamericana de Derechos humanos, como del Pacto Europeo de Derechos Humanos y de los otros Distrito Judiciales como de Arequipa y Huara.

6. DISEÑO DE PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

Una vez que obtenida toda la información necesaria, esto es doctrina, aportes dados por los entrevistados, audios de primera y segunda instancia relacionados con la condena al absuelto, información recomendada por los entrevistados, se procedió a depurar aquella que tenga mayor vinculación con el tema de la presente tesis.

Posteriormente procedió a **Tabular** cuantitativamente los datos que por su naturaleza deberían presentarse tanto en cuadros como gráficos y a ordenarse el resto de la información en dos capítulos fundamentales, como

son el capítulo II de fundamentación teórica y el capítulo IV de resultados y discusión.

7. DISEÑO DE PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS

La presente tesis, ha sido presentada en cuatro capítulos:

Capítulo I: “EL PROBLEMA”, se describió la realidad problemática, se formuló el problema, la hipótesis, las variables, los objetivos y la justificación.

Capítulo II: “METODOLOGÍA”, se planteó el tipo de investigación, se operacionalizó variables, población y muestra, métodos, técnicas e instrumentos, los procedimientos en la recolección de la información, procedimiento de la procesamiento de la información y el presente diseño.

Capítulo III: “FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA”, se planteó los cuatro marcos como marco histórico y contextual, marco teórico, marco normativo y marco referencial.

Capítulo IV: “RESULTADOS Y DISCUSION”, en el cual se ha dado respuesta a cada uno de los objetivos planteados en la investigación, vinculados a los indicadores planteados en la operacionalización de variables, obteniendo los subcapítulos de posiciones adoptadas por las Cortes nacionales, posiciones adoptadas por las Cortes extranjeras, posiciones adoptadas por los doctrinarios nacionales y extranjeros, posiciones adoptadas por el investigador, e incluyendo al final un subcapítulo que da respuesta al problema, denominado los efectos jurídicos de aplicar los Arts. 419, inc. 2 y 425 inc. 3 literal b.

Conclusiones

Recomendaciones

Sugerencias legislativas

Referencias bibliográficas y sus respectivos anexos.



CAPITULO III.

FUNDAMENTACIÓN

TEÓRICA

SUBCAPITULO I: MARCO REFERENCIAL

ANTECEDENTES O INVESTIGACIONES PREVIAS

1) **ORÉ GUARDIA, ARSENIO (2011)**. Opinión para el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema. En su investigación Titulada “La Condena del Absuelto”, publicada en la Página del Instituto de Ciencia Procesal Penal; concluye:

- *“Que la Condena del Absuelto es un procedimiento inconstitucional, criticando la primera instancia que se construye sobre la base de un procedimiento deficiente, contrario al contenido constitucional y a la orientación del modelo del CPP, y que, además, el derecho del imputado a recurrir el fallo que le causa agravio, conforme en su oportunidad se le reconoce al Ministerio Público o a la Parte civil. En ese sentido, no debe dejarse de lado que la doble instancia de nuestro sistema se incorpora en clave de garantía, y no como mera secuencia para el control de los pronunciamientos de la judicatura”*.

2) **ALCÁ CER GUIRAO, Rafael**. (01 de enero de 2012) en su investigación titulada “Garantías de la segunda Instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación”, publicada en **Indret Revista para el Análisis del Derecho**; concluye:

- *“Una absolución arbitraria no da lugar a la condena, sino que para ello sea precisa ninguna valoración adicional sobre la prueba que, superando el estándar de la duda razonable, permita afirmar la culpabilidad. La doctrina constitucional exige que ese enjuiciamiento de los hechos se realice con la intervención personal del acusado – y, eventualmente, de otros testigos- a partir de un debate contradictorio, por lo que, para evitar la lesión del derecho de defensa, la revisión de una absolución en casación sólo podrá dar lugar, o bien a su confirmación si los eventuales defectos de la sentencia de instancia, aun cuando pudieran ser discutibles, no lesionan derechos fundamentales del acusador, o bien a la retroacción de actuaciones si el grado de arbitrariedad es tal que permite afirmar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del acusador”*.

- 3) **AREVALO LÓPEZ, Cesar Augusto. (31 de Agosto de 2011).** En su artículo de revista titulada “La Condena del Absuelto en segunda Instancia de acuerdo al N.C.P.P, en la que concluye:
- *“El debate entre los modelos de apelación plena (nuevo enjuiciamiento) y limitada (control de lo ya resuelto), así como sus posibilidades en un sistema procesal que reconoce como fundamental la intermediación en la valoración probatoria, sumado a la problemática sobre la extensión de las facultades del órgano ad quem, en concreto, la posibilidad de condena en segunda instancia, constituye un camino cuyo recorrido no concluido.”*
- 4) **SALAS ARENAS, Jorge Luis (2012)** presentó la investigación titulada “Condena al Absuelto. Reformatio in Peius Cualitativa”, en la “Academia de la Magistratura”, en la que concluye:
- *“Que según el antiguo Código, el imputado que tenía una condena absolutoria y era apelada a la instancia superior, ésta podía confirmar el fallo o anular el mismo para que se juzgue nuevamente, pero no se podía dictar sentencia de condena. Sin embargo, hoy el Nuevo Código Procesal Penal establece que la instancia de revisión de la sentencia sí puede condenar al absuelto”.*
 - *“La condena del absuelto contraviene la Constitución Política del Estado por vulnerar el derecho a la revisión de la condena en doble instancia, además de colisionar con las normas contenidas en los convenios internacionales”.*
- 5) **VILLASANTE ARROYO, Nathaly y Micaela Edith YUPANQUI ADUVIRI.** (2011) presentó la investigación titulada “La Condena Del Absuelto En El Código Procesal Penal 2004”, para obtener la maestría en Derecho en la “Universidad Nacional Mayor de San Marcos”, en la que concluye:
- *“Respecto a la posibilidad de condenar en segunda instancia al procesado previamente absuelto, no encontramos en nuestro orden jurídico lesión alguna de garantías procesales, siempre y cuando en segunda instancia se respete ciertos principios primordiales como la intermediación, oralidad y el contradictorio (audiencia de apelación), entendida “como atributos de ambas partes procesales”, asimismo*

debe respetarse la restricción de la admisión de los medios probatorios en tal etapa, tal como señala nuestro Código Procesal Penal (2004)”.

- *“Asimismo, no podemos caer en un dogmatismo de la “doble conformidad”, criterio que hasta el momento es acogido por un sector de la doctrina procesalista, pues más que una interpretación foránea es ajena a nuestro sistema procesal, si lo acogeríamos significaría la instauración de una “tercera instancia” convirtiendo a la impugnación en una suerte de regressus in infinitum buscando siempre un Tribunal Superior de tal conformidad. En este sentido tampoco debe realizarse una interpretación literal de los Pactos Internacionales de los Derechos Humanos, dada nuestra realidad jurídica y la evolución de nuestra Reforma Procesal Penal”.*
- *“Las normas que regulan la apelación no tienen vida propia sino pertenece a una sola “existencia procesal”, conllevando a plantear que el texto normativo en sus distintas disposiciones maximiza garantías, y en otras las minimiza (o limita); siendo tales “ambivalencias” el equilibrio entre la eficacia del ius puniendi (y por ende tutela judicial de las víctimas) y el garantismo no podemos “extremar” tales puntos pues sino el Sistema Procesal -como dice Montero Aroca- se nos destruiría, llegando al absurdo -si se acoge la aplicación literal de la norma internacional- a la regulación de un nuevo recurso (como “segunda tercera instancia”), por cuanto la persona condenada tendría siempre el derecho a que su condena fuese sometida en revisión a otro Tribunal Superior, si es así, ¿porqué no habilitar un “novo” recurso de impugnación cuando en “segunda primera instancia” se absuelve a un procesado previamente condenando? ¿acaso los derechos a las víctimas no son tuteladas en el proceso penal actual?; el problema creo que principalmente es ideológico de la convergencia de sistemas procesales distintos, es el choque que esperábamos de mentalidad, de prácticas, claro esta vez, fue a favor de las garantías del procesado, que resulta plausible, pero concepciones como las defendidas para la abrogación de “la condena del absuelto” hacen notar que falta reforzar “naciones elementales” del Sistema Procesal Penal que gobierna la Carta Normativa del 2004”.*

6) SAN MARTIN CASTRO, Cesar en una de sus ponencias denominada “ La posibilidad de condena del absuelto en primera instancia, plantea como argumentos y conclusiones:”

- a) El principio constitucional de la doble instancia en el orden procesal exige otorgar al juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto por el juez a quo. Efectivamente, si consideramos a la doble instancia, por ende a la apelación, como garantía para la corrección de los errores y vicios en que haya incurrido el juez a quo, es por demás evidente que tales errores no solo se presentaran en la condena del acusado sino también cuando se le absuelve, de manera que un mínimo de coherencia exigiría que en segunda instancia se corrijan tales errores. En el fondo late también un criterio de igualdad al exigir la misma capacidad correctora del *ad quem* para los casos de sentencia condenatoria y absolutoria.
- b) Si bien en segunda instancia un reexamen de lo resuelto contradice el principio acusatorio de inmediación, siguiendo a Luigi Ferrajoli, acepta que ese es el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, que consiste en la garantía contra la ilegalidad, la arbitrariedad, el abuso o el error judicial.

SUBCAPITULO II

MARCO TEÓRICO

TITULO I

LOS SISTEMAS PROCESALES

1. Definición

- Se puede definir a los sistemas procesales, como las formas técnicas o métodos para desarrollar los postulados políticos y jurídicos del derecho procesal, es decir, para aplicar los distintos principios de cada tipo de estado, en los procesos.
- También se entiende al sistema procesal como los grandes esquemas de regulación, las grandes alternativas que tiene el legislador al momento de dar vida a un determinado cuerpo normativo o regular la estructura que se manifestará en el proceso.

2. Clases

2.1 Sistema Acusatorio.- Este Sistema tiene su origen en Grecia como ciudad de Estado y en la Roma Republicana, teniendo relevancia hasta el siglo XIII, en que es sustituido por el Sistema Inquisitivo. Se desarrolla a modo de una discusión entre dos partes frente a un Juez que decide.

2.1.1 Características.

La Jurisdicción se ejercía en instancia única, llevada a cabo por jurados o tribunales populares, en la que la persona del acusador era distinta a la del Juez y a la del defensor.

La acción penal tiene su origen ante la comisión de un delito que afectaba el interés público y su ejercicio constituía un derecho no sólo del ofendido y de sus parientes, sino de todo ciudadano (apareciendo la figura de la acción popular); por otro lado el ejercicio de la acción privada correspondía única y exclusivamente al agraviado, por lo tanto, el proceso penal no podía iniciarse sin una acusación, puesto que el juzgador no podía actuar de oficio.

Una vez iniciado el proceso, su desarrollo no se encontraba condicionado a la voluntad del acusador, ya que aun cuando éste abandonaba la acción las investigaciones continuaban. Con respecto al acusado, este constituía un sujeto de determinados derechos, se encontraba en igualdad frente al acusador y su situación jurídica no variaba sino hasta que se dictaba sentencia.

El proceso se desarrolla dentro de los principios de la contradicción, de la oralidad y de la publicidad del debate. La contradicción excluye la averiguación del secreto, porque desde el principio el acusado puede contradecir.

Con relación a las pruebas, estas, en el sistema acusatorio debían ser introducidas por las partes, no por el Juez, quien carecía de poderes autónomos para investigar los hechos, rigiendo en la valoración de las pruebas el criterio de la Íntima convicción, como guía de los fallos de los jueces, votando sin sujeción o regla alguna sobre el valor de estos medios de prueba.²

En el sistema acusatorio se limitaba las facultades del Estado, en pro de un marco de garantías para el acusado, respetando sus derechos individuales.³

La emisión de toda sentencia venía a constituir cosa juzgada y no había instancia superior, pues el fundamento de éstas, es corregir un error cometido por el inferior; y los actos de conciencia: "son personales e infranqueables y por lo tanto e inmodificables.

2.2 Sistema Inquisitivo.- Sus orígenes los encontramos en la Roma Monárquica, constituyendo, para ese tiempo, un gran avance en la forma de procesar, dejándose de lado lo irracional y la aplicación del azar.

² MONTERO AROCA, Juan; " Principios del Proceso Penal". Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1997, pág. 26.

³ C. SUPERT, Héctor: " Derecho Procesal Penal Temas conflictivos". Rosario-Argentina, Editorial Inris, 1998, pág. 28.

“Partía de una concepción absolutista del poder, en la que el poder del Estado se agigantaba frente al interés del ofensor y del ofendido, concentrándose todas las facultades y atributos del poder en una sola mano; es decir que el proceso no dependía de la voluntad de los particulares”⁴

2.2.1 Características.

La jurisdicción se ejercía por jueces profesionales y permanentes, quienes se encontraban investidos de una potestad para la búsqueda, adquisición y valoración de las pruebas, independientemente de la voluntad de las partes. En buena cuenta, el juez recurría en su persona a todos los órganos del proceso, "acusador, juez y defensor", no estando éste sujeto a recusación de las partes.

La iniciación del proceso no dependía de un acusador, ya que regía el principio "proceda índex ex officio" es decir, que la acción penal era promovida de oficio por el propio magistrado inquiriente; lo que permitía a los jueces no sólo la posibilidad de juzgar, sino también la de investigar, e incluso acusar.

El acusado se convertía en un objeto de persecución penal, y no un sujeto derecho. Se aceptaba la tortura como un medio apto (sino legal), para obtener del reo su auto incriminación Su encarcelamiento, previo al juicio, era lo más común, no teniendo la posibilidad de defenderse de la imputación, ya que no tenía derecho al patrocinio de un defensor.

El proceso se desarrollaba según los principios de la escritura y del secreto, por lo que los resultados de la investigación constaban por escrito, en actas, las cuales constituían la base sobre las que el juez dictaba el fallo.

El proceso inquisitivo se dividía a su vez en dos etapas, inquisitivo general, para la determinación del hecho y la búsqueda del reo; e inquisitivo especial, que se habría cuando, como resultado de las averiguaciones o de la flagrancia del delito, recaían contra una persona en concreto, sospechas de criminalidad. "La prueba era regulada por

⁴ CATAORA GONZALES, Manuel; Óp. Cit. Pág. 36

ley, por el doble grado de jurisdicción y la nulidad de los actos ante la inobservancia de formas sustanciales o de violación de la ley”⁵. En este sistema se le dio un gran valor probatorio a la confesión del reo, que adquiere la categoría de reina de todas las pruebas, de tal manera que, nadie podía ser condenado si antes no habla sido sometido a una completa confesión.

Al respecto, Montero Aroca señala: " Que el criterio de valoración legal o tasada de la prueba limitaba la facultad del juez de promover de oficio la acción”.

En el sistema inquisitivo el enjuiciamiento era parte del aparato represivo del Estado, quizás uno de los más eficaces, por lo que no tiene obviamente ningún aspecto limitador, ni garantizador de los derechos individuales del acusado.

La sentencia carecía de motivación y tenía la posibilidad de ser impugnada, apareciendo así los recursos impugnatorios.

2.3 Sistema Mixto.- El carácter esencial de este sistema, surgido al calor de la revolución francesa, decretado en el código de enjuiciamientos de Francia de 1808 es la ruptura de los sistemas anteriores, es decir, la persecución judicial de los delitos no es un derecho de los particulares y el juez no puede ser al mismo tiempo acusador.

2.3.1 Características.

La separación entre la función de acusar, la de instruir y la de juzgar, confiadas a órganos distintos, esto es, al fiscal, al Juez de Instrucción y al tribunal con jurado, respectivamente.

Excepto para el Tribunal con jurado, rige el principio de la doble instancia.

También rige el principio del Tribunal colegiado.

La justicia está a cargo de jueces profesionales, excepto cuando interviene el jurado.

La prueba se valora libremente.

⁵ MONTERO AROCA, Juan; OP Cit; Pág. 27

La acción penal es indisponible y rige el principio de necesidad en todo el curso del procedimiento. La acción penal también es irrevocable. El imputado deja de ser objeto de la investigación, y adquiere el status de sujeto de derechos. En ese sentido, el Estado asume la carga de la prueba.”⁶

2.4 Sistema Acusatorio Garantista.

La diversidad existente entre los sistemas ya antes referidos, ha ido evolucionando y ello ha reflejado la influencia de diversas ideologías políticas, y la forma como estas visualizan la relación entre el Estado y el individuo, buscándose establecer un sistema más democrático, el mismo que viene a ser una aplicación del Sistema Acusatorio Norteamericano.

2.4.1 Características.

La función jurisdiccional es de completa exclusividad de los Jueces de Primera y Segunda instancia, a quienes compete la etapa procesal de juzgamiento y demás funciones que se encuentran establecidos en la ley. El gran cambio o innovación de este Sistema se da en la división de poderes que se ejerce en el proceso; por un lado el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente; por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defensa y finalmente, el tribunal, quien es el órgano dirimente, vinculándose todos los poderes y condicionándose unos a otros.

Se le atribuye al Ministerio Público la competencia para investigar las causas penales, sustituyendo al Juez instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulta necesario.

Con respecto al imputado, el nuevo sistema exige una clara posición de igualdad entre las partes, El individuo no puede ser abandonado al poder del Estado, antes debe surgir como verdadero "sujeto procesal", armando su derecho de defensa y sus garantías individuales; de este

⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio, op cit, p.36.

modo, el Derecho Procesal Penal busca limitar el poder estatal a favor del acusado a través de una serie de derechos y garantías individuales plasmadas en la ley.

El proceso en el Sistema Acusatorio moderno se divide en dos etapas: La investigación(o instrucción), que es conferida al Ministerio Público, y el enjuiciamiento y consiguientemente la decisión al órgano jurisdiccional. Esto implica que el sistema exige el desdoblamiento de las funciones de acusación y de decisión, pero el cumplimiento de esta exigencia no se circunscribe al ejercicio de la acción, sino más bien a la de la interposición de la pretensión penal. Bajo ese supuesto, lo importante no es que la fase instructora (o de investigación) puede incoarse de oficio, sino que la fase del juicio oral sea abierta necesariamente a instancia de la acusación; es decir que exista una parte distinta al Tribunal decisor que formalice y mantenga a lo largo del juicio oral la acusación o pretensión oral.

El establecimiento de la verdad se realiza empleando todos los medios de prueba permitidos por ley, y su valoración se efectúa de acuerdo a criterios de conciencia.

En la sentencia debe precisarse los fundamentos de hecho y de derecho, pudiendo ser materia de impugnación por los medios y en los casos establecidos por ley, dándosele exclusivamente la facultad de fallo al juez penal.

2.5 Sistema Procesal Penal Peruano.

Los alcances y límites del derecho de penar del Estado, en un tiempo y lugar determinado, responden, necesariamente, a la naturaleza y esencia del sistema político imperante. Si el régimen es autoritario, su sistema penal también lo será; por el contrario, si el sistema político es democrático sus instituciones jurídicas también lo serán o tendrán como meta serlo. En síntesis, la decisión política que defina el sistema, debe optar básicamente por dos alternativas: primar el interés público y fortalecer el poder del Estado en la persecución penal aun negando los derechos del individuo, o en otorgarle al individuo las suficientes garantías para que enfrente a ese poder punitivo, preservando su

dignidad de persona en un plano en el que no se vea absolutamente desprotegido frente a las instituciones públicas de la persecución penal.⁷

Así las cosas, el modelo procesal penal propuesto, se caracteriza por afirmar los principios básicos de un proceso penal respetuoso de los derechos humanos y protector de la seguridad ciudadana. Se debe tener en cuenta que, en el proceso penal se enfrentan los intereses colectivos con los individuales, siendo dirimidos estos durante dicho proceso.⁸

En este sentido, el Estado debe proteger al individuo de una persecución injusta y de una privación inadecuada de su libertad. Así, el imputado debe tener ocasión suficiente para defenderse, la meta del derecho procesal penal no es el castigo de una persona idealmente del culpable, sino la decisión sobre una sospecha.⁹

La estructura del nuevo modelo de proceso penal apunta a constituir un tipo de proceso único para todos los delitos perseguibles por ejercicio público de la acción penal, que se inicie con la actividad preparatoria de investigación bajo la dirección del fiscal, continúe con la acusación, la audiencia preliminar y el juicio oral.¹⁰

La idea del proceso único no excluye los procesos consensuales y abreviados, como la suspensión condicional del proceso, La Terminación Anticipada del mismo, entre otros que podrán tener lugar durante toda la etapa preparatoria, e inclusive antes de que se presente la acusación.¹¹

⁷ MORALES VARGAS, Alberto J. "Nuevo Código de Procedimiento Penal: Redefinición y Fines del Proceso Penal". En Implementando el Nuevo Proceso Penal en Ecuador: Cambios y Retos, publicado por Fundación para el Debido Proceso Legal y Fundación Esquel – www.dplf.org, pp. 48 – 65.

⁸ SCHONBOHM, Horst y LOSING, Norbert. "El proceso penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania". En Un nuevo sistema procesal penal en América Latina. Buenos Aires: CIEDLA, 1998, p.39.

⁹ *Ibíd.*, p.40.

¹⁰ ORE GUARDIA, Arsenio. "Panorama del proceso penal peruano", Artículo publicado en el Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1, N° 4, Lunes 14 de junio de 2004.

¹¹ *Ibíd.*

En este orden de ideas, la estructura del nuevo proceso penal se edifica sobre la base del modelo acusatorio, cuyas grandes líneas rectoras son la separación de funciones de investigación y juzgamiento y la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.¹²

De esta manera, la investigación penal estará a cargo del fiscal y la decisoria a cargo del juez. Es por ello que, el artículo IV.3 del Título Preliminar del NCPP señala que los actos que practican el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional.¹³

El carácter no jurisdiccional de la investigación preparatoria es relevante para discernir qué es materia de valoración, pues los elementos de convicción que se colecten en dicha fase no servirán para fundar una sentencia, dado que los actos de prueba se producen en el juicio, salvo las excepciones señaladas en el artículo 393.1.¹⁴

Así, se reestructura el proceso penal estableciendo un procedimiento común u ordinario, que se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad de armas, bajo la vigencia de las garantías de la oralidad, inmediación y publicidad.

2.5.1 Características.

La separación de funciones de investigación y de juzgamiento.

El desarrollo del proceso conforme a los principios de contradicción e igualdad.

La garantía de oralidad como la esencia del juzgamiento.

¹² CUBAS VILLANUEVA, Víctor, op cit, p.25.

¹³ TALAVERA ELGUERA, Pablo. Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, Lima: Grijley, 2004, p. 13.

¹⁴ *Ibíd.*

TITULO II

PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES

1. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS COMUNES DE TODOS LOS PROCESOS

La constitución política reconoce un conjunto de derechos, principios y garantías procesales de los que se derivan consecuencias que, en suma, limitan el poder del estado. A decir de Alzamora Valdez, el quehacer de los sujetos procesales se halla gobernando por principios, que son categorías lógico- jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizados en la constitución o en la ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal.

Denominamos principios a las proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran a las normas concretas y que, a falta de estas, pueden resolver directamente los conflictos.

Cuando hablamos de principios generales del derecho hacemos referencia a aquellos principios no legislados ni consuetudinarios mediante los cuales se integran las lagunas de la ley y de los cuales se sirve el juzgador para no dejar de administrar justicia.

Por su parte los principios procesales son una expresión mono disciplinaria de los principios generales del derecho y, visto en su conjunto y al interior de un ordenamiento, sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, así como para poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Esa es pues la razón por la que aparecen en la parte inicial (título preliminar) de un ordenamiento. No obstante ello, hay varios principios procesales que no necesariamente figuran en un código, pero forman parte de la sistemática de este.

La aplicación de los principios procesales exige una interpretación reflexiva que trasciende su sentido literal o histórico, privilegiándose los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación. Es importante que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso.

Ello nos permite sostener que la constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se

trata, en ambos casos de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que define los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes (proceso) así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento).

En el mismo ámbito sostenemos que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito, las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías, en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa, la principal garantía constitucional, que sirve de presupuesto de todas las demás, es la jurisdiccionalidad (*nulla cullpa sine indicio*), en virtud de la cual se exige la acusación, la prueba y la defensa.

Tenemos entonces que los principios y garantías de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139 de la constitución son aplicables a todos los tipos de procedimientos, sean penales, civiles, constitucionales, laborales, etc. Así tenemos como básicas y comunes a todos los procedimientos:

1.1 Principio de Exclusividad y Obligatoriedad de la Función Jurisdiccional

La unidad y la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional por el poder judicial es uno de los principios básicos. No existe ni puede establecerse –dice la carta magna- jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (art. 139, inc. 1, const.) asimismo las comunidades campesinas y nativas pueden administrar justicia en el ámbito de su jurisdicción y con base en sus costumbres, en tanto, no vulneren derechos fundamentales (art. 149, const.)

Nadie puede irrogarse en un Estado de Derecho la función de resolver conflictos de intereses jurídicos, sea en forma privada o por acto propio, esta actividad le corresponde solo al Estado, a través de sus órganos especializados. El estado, pues, tiene la exclusividad del encargo.

La obligatoriedad significa que si una persona es emplazada por un órgano jurisdiccional, debe someterse necesariamente al proceso

instaurado contra él. Siendo que para cuando el proceso acabe, dicha persona estará obligada a cumplir con la decisión que se expida en el proceso del cual formo parte. Así tenemos que ni su actividad ni su omisión podrán liberarla de la obligatoriedad de cumplir con lo que se decida, pudiendo ser compelida a ello a través del uso de la fuerza estatal.

Es este un principio elemental sin el cual la vida en comunidad se haría imposible en forma civilizada, pues es fundamento de la existencia misma del estado, como organización jurídica. Sus consecuencias son la prohibición de la justicia privada y la obligatoriedad de las decisiones judiciales.

1.2 Principio de Obligatoriedad de los Procedimientos establecidos en la ley.

Casi todas las normas procesales contienen prescripciones de obligatorio cumplimiento, pero este rasgo no es absoluto. Hay algunas normas procesales que regulan opciones a fin de que los interesados decidan la actuación más conveniente para sus intereses.

El procedimiento para ser tal, no se configura simplemente por la secuencia ordenada de actos procesales, requiere que estos cumplan una forma preestablecida que los conduzca y permita interpretarlos congruentes con la etapa del litigio que atraviesan.

Estas formas condicionan la manifestación exterior del acto, comprometiendo su contenido, van dirigidas a las partes, terceros, auxiliares y al mismo órgano jurisdiccional. Cuando las reglas adjetivas señalan el modo de ser de los actos que componen el proceso, se habla del principio de legalidad de las formas.

1.3 Principio de independencia de los órganos jurisdiccionales.

Si el juez no fuera soberano en la decisión que toma para resolver un caso concreto, entonces el proceso judicial solo sería un pretexto para protocolizar una injusticia obtenida con base en un factor externo que pervierte la voluntad del juzgador.

El principio de independencia significa que la actividad jurisdiccional (exclusiva del juez) no debe verse afectado por ningún tipo de poder o elemento extraño que presione o altere su voluntad.

Para que se pueda obtener el fin de una recta administración de justicia es indispensable que los funcionarios encargados de tan delicada y alta misión puedan obrar libremente en cuanto a la apreciación del derecho y de la equidad, sin más obstáculo que las reglas fijadas por ley para emitir su decisión. El principio de independencia del órgano jurisdiccional rechaza toda coacción ajena en el desempeño de sus funciones.

1.4 Principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

El término “imparcialidad” proviene del vocablo imparcial que significa “que no es parte”. La imparcialidad no solo debe ser entendida como una calidad del órgano jurisdiccional, sino también como el deber de todos los que participen en la actividad judicial de proteger al estado, compromiso que alcanza a las partes interesadas en el conflicto contenido en el proceso judicial.

La imparcialidad es un requisito esencial para el juzgador, sin el cual este vería desnaturalizados sus funciones y atribuciones. El juez, debe resolver en atención a la razonabilidad, legalidad y probanza de los argumentos vertidos por las partes durante el desarrollo del juicio, todo elemento extraño –como inclinaciones políticas o religiosas, prejuicios, sobornos, entre otros- perturbaran la imparcialidad

1.5 Principio de motivación de las Resoluciones Judiciales.

El juzgador debe fundamentar todas y cada una de sus decisión, salvo aquellas que por su propia naturaleza son simplemente impulsivas del tránsito procesal o de “mero trámite”.

Una exigencia de este tipo impone a los otros protagonistas del proceso una serie de deberes. Así, las partes deberán sustentar todas las peticiones que formulen o todas las absoluciones que realicen a los planteamientos de la otra parte. De igual manera, las partes deberán fundamentar los medios impugnatorios que usen, garantizando así un sistema procesal coherente, lógico y racional.

Es indispensable que los funcionarios judiciales expliquen y fundamenten sus decisiones, a menos que se trate de simples órdenes para el impulso del proceso, caso contrario, la decisión sería arbitraria y atentaría contra el derecho de defensa.

Para el cumplimiento del deber constitucional de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, el juzgador debe de manejar adecuadamente las reglas de las máximas de la experiencia, reglas de la lógica y categorías jurídicas.

La infracción del deber constitucional de motivar las resoluciones se puede dar de cuatro diferentes maneras.

1.5.1 Falta absoluta de motivación.- Tiene lugar cuando la resolución no expresa el más mínimo argumento (real o aparente) que fundamente la decisión adoptada. Existe una total ausencia de motivación.

1.5.2 Motivación aparente.- En este caso la resolución aparece prima facie como fundamentada. El juzgador glosa algunas razones del porque ha tomado la decisión. Decimos que se trata de una motivación aparente porque, en cuanto nos adentramos en la profundidad y razonabilidad de la fundamentación, sin quedarnos solo en el aspecto formal, descubrimos que no existe ningún fundamento; que se han glosado frases que nada dicen (que son vacías o ambiguas o que carecen de contenido o elementos de prueba que sustenten). Es necesario dejar en claro que la motivación aparente no constituye, en estricto, motivación alguna y no debe ser considerada como una motivación real.

1.5.3 Motivación insuficiente.- Se incurre en esta infracción cuando se viola el principio lógico de razón suficiente, es decir se consigna solo algunos de los argumentos que llevaron a tomar la decisión, pero no todos los que van a generar la convicción.

1.5.4 Motivación incorrecta.- Se presenta cuando en el proceso de motivación se infringen las reglas de experiencia o de la lógica, se

interpretan o aplican incorrectamente las normas jurídicas, o se recurre a criterios que carecen de cualquier fundamento.

En este nivel es necesario advertir sobre un tema de fundamental importancia: la motivación de la pena que se impone. En tanto la sentencia penal condenatoria no solo se encuentra conformada por el pronunciamiento del juzgador sobre la realización de un hecho punible, sino que, además, por el pronunciamiento sobre la pena que corresponde imponer (salvo en los casos de reserva del fallo condenatorio), el derecho a la fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales resulta exigible, también en el extremo de la sentencia condenatoria que se refiere a la pena judicialmente determinada.

1.6 Principio de la doble instancia o pluralidad de instancias.-

En primer lugar, debemos de tener en cuenta que existen dos definiciones de relieve jurídico acerca de la instancia. La primera se conecta de modo directo con el impulso del procedimiento, ya que a los tribunales no les corresponde la iniciación de la administración de justicia, que se confía a los interesados o a los perjudicados. En este aspecto instancia equivale a iniciativa procesal y a la posterior actividad mediante solicitudes, peticiones o suplicas, de carácter escrito o verbal esto último en el curso de diligencias, audiencias o vistas.

La otra acepción básica de instancia en lo procesal se relaciona con la jerarquía de los tribunales o conjunto de actuaciones practicadas desde la iniciación litigiosa hasta la sentencia definitiva. Así se llama primera instancia al ejercicio de la acción ante el primer juez que conoce el asunto y segunda instancia al ejercicio de la misma acción ante el juez o tribunal de apelación con el objeto de que reexamine la resolución (sentencia) del primer juez.

Todo proceso debe ser conocido por dos jueces de distinta jerarquía, cuando así lo requieran los interesados por medio de un recurso de impugnación. Ello en aplicación del derecho que toda persona tiene de impugnar las decisiones judiciales.

El principio de doble Instancia constitucional hace referencia a que las partes podrán acudir ante un tribunal jerárquicamente superior cuando la petición sea rechazada por un tribunal jerárquicamente menor en grado y cuyo rechazo se encuentre apegado a derecho.

Este principio – como el de impugnación, del cual es solo una modalidad, quizá la más importante – tiene por objeto que el funcionario jerárquicamente superior, con mayor conocimiento y experiencia, pueda, en virtud de la apelación, revisar la providencia del inferior y subsanar los errores cometidos por este.

Al principio de la doble instancia se opone el de única instancia, generalmente consagrado cuando el funcionario que decide el proceso es colegiado, por la mayor garantía que ofrece con respecto al singular. A decir de Eugenia Ariano, “(...) las impugnaciones (...), son una suerte de “garantía de las garantías”, en buena cuenta una garantía del debido proceso mismo, porque son el más efectivo vehículo para, por un lado, evitar el ejercicio arbitrario del poder por parte del juez a quo y, por el otro, para permitir corregir (lo antes posible) los errores del mismo”

1.6.1 Consagración Constitucional

El artículo 139^o inciso 6 de la Constitución, establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional: 6. La Pluralidad de Instancias. Este principio garantiza que las resoluciones expedidas por un magistrado sean objeto de revisión por otro magistrado o tribunal de mayor jerarquía.

La Consagración constitucional de este principio, recién ocurre con la Constitución de 1979, antes no existía, ni siquiera en la Ley Orgánica del Poder Judicial un texto positivo que garantice el derecho a la instancia plural, lo único que había era un reconocimiento como principio general del derecho procesal.

Este principio constituye un derecho para el justiciable, quien lo ejercita al interponer su recurso impugnatorio cuando no está conforme con lo resuelto por el Juez o Tribunal. Así lo entienden reconocidos constitucionalistas al afirmar que es el derecho al

recurso, que cautela la garantía de que los jueces y tribunales, una vez terminado el proceso, sean pasibles de ulterior revisión de su actuación y decisión, sólo si la parte afectada con la decisión así lo solicitase, pues el derecho a la instancia plural es, un derecho público subjetivo inscrito dentro del principio de la libertad de impugnación.

Además de un derecho, constituye una importante garantía, puesto que aleja el riesgo del error judicial al permitir que toda resolución sea objeto de, por lo menos, una revisión a cargo de un magistrado o tribunal superior. Ello es importante, porque no todas las decisiones judiciales resuelven las expectativas de quienes acuden a dichos órganos en busca de reconocimiento de sus derechos. Por ello, queda habilitada la vía plural para que el justiciable pueda cuestionar una sentencia o auto dentro del propio organismo que imparte justicia.

El Tribunal Constitucional, considera que en principio la pluralidad de instancias se satisface con la doble instancia. “El derecho a la pluralidad de instancias garantiza que los justiciables, en la sustanciación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza, puedan recurrir las resoluciones judiciales que los afectan, ante una autoridad jurisdiccional superior. En la medida que la Constitución no ha establecido cuáles son esas instancias, el principio constitucional se satisface estableciendo cuando menos una doble instancia; y, en esa medida, permitiendo que el justiciable tenga posibilidad de acceder a ella mediante el ejercicio de un medio impugnatorio”

1.6.2 Regulación en Tratados Internacionales

Tenemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su artículo 14, numeral 5 contiene lo siguiente: 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Otro de los tratados de derechos humanos que importa revisar es la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos –más conocida como Pacto de San José-, que en su artículo 8, numeral 2, literal h establece:

Artículo 8. Garantías Judiciales

(...)

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

1.7 Principio de la cosa juzgada.- Inspirado en la constitución política, el artículo III del título preliminar del código procesal penal establece la interdicción de la persecución penal múltiple, señalando que: “nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es la revisión por la corte suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este código”.

Al respecto debemos de precisar que para que los fines del proceso se concreten es indispensable que la decisión final que se obtenga en esta sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido de un proceso está investida de la autoridad de la cosa juzgada; debemos de precisar sin embargo que no todas las decisiones últimas de un proceso están investidas de la autoridad de la cosa juzgada, esta solo se presenta en aquellas resoluciones en las que haya un pronunciamiento sobre el fondo es decir, sobre el conflicto que subyace en el proceso. Para que la autoridad de la cosa juzgada

acompañe a una resolución en necesario que se presente alguna de estas situaciones:

Que se hayan agotado todos los medios impugnatorios posibles de ser deducidos contra ella; o que se haya trascurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna contra esta.

En el primer supuesto diremos que la resolución fue ejecutoriada y, en el segundo que consentida. En ambos casos, la resolución quedara firme.

La cosa juzgada implica asignarle un carácter definitivo e inmutable a la declaración de certeza contenida en la sentencia. Por consiguiente, el principio de la cosa juzgada está orientado a evitar la continuación de la controversia cuando ha recaído sobre ella la decisión del órgano jurisdiccional, vale decir, no puede plantearse nuevamente el litigio (entre las mismas partes y respecto del mismo petitorio e intereses para obrar) si ya fue resuelto, de esta manera habrá seguridad jurídica, fortaleciéndose, además, a la función jurisdiccional al conferirle plena eficacia.

2. GARANTÍAS GENÉRICAS DEL PROCESO PENAL.

Conforme a lo expuesto, las garantías genéricas son las normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal y las garantías específicas se refieren a aspectos puntuales y concretos del procedimiento. En el ámbito del proceso penal tenemos como garantías genéricas al debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

2.1 Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El artículo 139.3 de la constitución política establece un derecho autónomo en el que se integran diversas manifestaciones y que engloba; el derecho para acceder al proceso judicial, el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho; el derecho a los recursos legamente previstos y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales.

El artículo I del título preliminar del CPP de 2004 establece que:

1. La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.
2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.
3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.
4. Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación.
5. El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales.

Procedamos a tratar cada uno de estos derechos que integran la tutela jurisdiccional efectiva:

2.1.1 El derecho de libre acceso a la jurisdicción.-mediante este derecho se garantiza al individuo la posibilidad de acceder al proceso jurisdiccional, promoviendo o solicitando su inicio ante el órgano legalmente competente o concurriendo válidamente al proceso ya iniciado en los casos en que tuviere algún interés en la resolución jurídica del mismo (en los casos del imputado o el tercero civil).

El derecho de acceso a la justicia debe ser entendido como aquel que todas las personas tienen de ser oídas por el órgano jurisdiccional. El acceso al órgano jurisdiccional se debe manifestar no solo en la posibilidad de formular peticiones concretas (solicitudes probatorias, oposiciones, alegatos, impugnaciones, etc.), sino también en que se pueda instar la acción de la justicia en defensa de los derechos e interés legítimo de las personas.

En el proceso penal peruano es el ministerio publico el órgano constitucionalmente autónomo que tiene la exclusiva facultad para promover la acción penal pública, sin embargo ello no obsta que los ciudadanos tengan el derecho de formular denuncias y, si el fiscal las rechaza, puedan instar el control jerárquico del superior. Una vez promovida la acción penal, los agraviados están autorizados a constituirse en parte civil. La víctima, en consecuencia, no está legitimada para reclamar la imposición de un pena al presunto delinciente, pero si para acudir directamente al órgano judicial reclamando una indemnización.

2.1.2 El derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas.- conforme ha sido concebida en la doctrina jurisprudencial constitucional española, esta consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva constituye una mera continuación del derecho de acceso al proceso

Esta garantía se refiere a la posibilidad de que deben tener las partes de acceder a los recursos e instancias correspondientes en tanto se encuentren legalmente previstas. Esta garantía no debe entenderse como un derecho a la pluralidad de instancias, sino que solo constituye un derecho a acceder a las instancias –por ende al recurso que la posibilita- ya legalmente previstas hablamos pues del derecho de impugnación.

2.1.3 El derecho a obtener una resolución motivada jurídicamente que ponga fin al proceso.- los derechos de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en sus instancias reconocidas perderían razón de ser, en cuanto partes integrantes del superior derecho a la tutela judicial efectiva, si el sujeto no tuviera también el derecho a una resolución motivada jurídicamente que ponga fin al proceso. De nada serviría que se le haya permitido al sujeto comparecer al proceso en sus instancias legalmente previstas, si no se prevé también un derecho para que el órgano jurisdiccional no pueda eludir dar la respuesta jurídica cuya búsqueda dio origen al proceso, o de una que resulte siendo ambigua. Sin embargo no es

cualquier respuesta la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es necesario que esta además de ser clara deba encontrarse debidamente motivada, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica.

Como ya comentamos, el derecho a la motivación de la resolución que ponga fin al proceso se encuentra incluido en la garantía específica de motivación de resoluciones jurisdiccionales consagrada en nuestra carta magna (art.139) cuando prescribe: “son principios y derechos de la función jurisdiccional” (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos de hechos en que se sustente”.

2.1.4 El derecho a la efectividad de la tutela judicial.- conocido como el derecho de ejecución de resoluciones judiciales. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se complementa con el derecho que se tiene a que la resolución que pone fin al proceso pueda ser operatividad en la realidad. De nada serviría permitir el acceso al proceso y lograr la obtención de una resolución que le ponga fin de forma favorable, si es que el pronunciamiento judicial queda solo en eso, un pronunciamiento y no puede conseguir virtualidad en realidad.

Conforme ha señalado (San Martín Castro), las resoluciones judiciales firmes no son meras declaraciones de intenciones, sino que es necesario que se ejecuten obligatoriamente, inclusive de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ella.

En suma, la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho público a tener acceso al sistema judicial y a obtener de este una resolución fundada en derecho – y por tanto, motivada-, a ello se añade el derecho a no sufrir indefensión, esto es, a poder ejercer en el proceso, en apoyo de la propia posición, todas las facultades siendo equiparado por algunos autores con el *due process of law*

del derecho anglosajón, lo cierto es que para los países latinos, su configuración como derecho fundamental, que rige no solo el proceso sino que incluso lo fundamenta como mecanismo legítimo para la solución de los conflictos, es ya indiscutible.

2.2 El derecho al debido proceso

Nos vemos obligados a precisar que el concepto de debido proceso que se usa en mayor parte de los países latinoamericanos es una importación limitada del concepto del debido proceso legal anglosajón. Así en la carta magna inglesa se señalaba que ningún hombre sería detenido ni puesto en prisión o fuera de la ley excepto por el “juicio legal de sus pares o conforme a la ley de la tierra”. Según la doctrina inglesa, la expresión “juicio legal de sus pares” y ley de la tierra” equivale al actual concepto inglés de debido proceso legal o *due process legal*.

El debido proceso fue introducido formalmente en la Constitución de los Estados Unidos, a través de la V Enmienda (1791). Progresivamente fue evolucionando y pasó a configurarse como una garantía de justicia. De ese modo, la noción del Estado de Derecho exige que todo proceso esté informado por la justicia y la equidad.

El *due process legal* actual del sistema jurídico de los Estados Unidos es mucho más complejo, ya que es el fruto de siete siglos de evolución del ordenamiento anglosajón y hoy, reconoce derechos procesales fundamentales que se originan de los enunciados generales conocidos como *Bill of Rights*.

Debe entenderse siempre el *due process legal* como la “válvula reguladora” de los derechos vida, libertad y propiedad, y más aún, se considera actualmente como el principio informador de todo su ordenamiento jurídico y consiste en dos garantías:

El *due process* procesal, por el cual nadie puede ser privado de la vida, la libertad o propiedad sin un proceso ajustado al *fair trail* o juicio limpio; y

El *due process* sustantivo, por el cual no se pueden limitar estos derechos sin un motivo justificable.

En nuestro sistema, el concepto de debido proceso se limita al ámbito del *fair trail* y con este fin comprende a todas las garantías que estén en concordancia con el fin de dotar a una causa penal de los mecanismos que protejan a la persona sometida a ella.

Comprende incluso a derechos que no se encuentran expresamente positivizados, pero que en virtud de esta garantía se pueden invocar por responder a sus fines.

En un primer acercamiento, la naturaleza del **debido proceso** resultaría siendo de lo más amplia, pues como ha señalado Mixán, su teleología se refleja en su función de síntesis de las garantías destinadas a concretar la legitimidad procesal. En efecto, según un sector de la doctrina a través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Es necesario precisar sus contornos en cuanto a la funcionalidad que le puede corresponder en el sistema procesal y, en este sentido, sin dejar de ser una cláusula con la que se busque que el proceso penal se encuentre informado por los valores de justicia y equidad, que le dan su ratio, se la debe concebir como aquella garantía general mediante la cual se va a dotar de rango constitucional a todas aquellas garantías específicas que no han sido reconocidas expresamente en la Constitución, pero que se encuentran destinadas a asegurar que el proceso penal se configure como un proceso justo conforme con los fines constitucionales. Su utilidad radicaría en que permitiría situar a las garantías procesales que no aparecen expresamente reconocidas en la Constitución, es decir, se trataría de una cláusula de carácter residual o subsidiaria.

Para nuestro ordenamiento jurídico de raíz euro continental, el debido proceso es una cláusula de carácter general y residual o subsidiaria, por tanto, constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria, en cuanto ellas son concordes con el fin de justicia a que está destinada la tramitación de un caso judicial penal o cuyo cumplimiento ocasiona graves efectos en la regularidad del procedimiento.

A nuestro parecer, en el caso peruano, estamos ante un error sistemático de ubicación, pues la Constitución Política consagra entre los principios y derechos de la función jurisdiccional, una serie de principios y garantías procesales, incluida la observancia del debido proceso. Cuando, en realidad, el debido proceso contiene a tales garantías, por lo que no se le puede considerar una más de ellas.

En suma, debemos de tener muy en claro que, el debido proceso identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado.

Finalmente, siguiendo al Tribunal Constitucional, corresponde diferenciar la Tutela judicial efectiva del debido proceso. La primera supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, en cambio el derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos, el debido proceso tiene a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcional que toda decisión judicial debe suponer.

2.2.1 Características esenciales del debido proceso:

- a) **El *ne bis in ídem*.**- El artículo 139 (inciso 13) de la Constitución Política del Perú establece el principio *ne bis in ídem*, al prohibir la reapertura de procesos culminados con resolución firme. Este principio se encuentra también reconocido en los tratados, como por ejemplo, el artículo 14 inciso 7) del pacto internacional de derechos civiles y

políticos, y el artículo 8, inciso 4) de la convención americana sobre derechos humanos.

El principio *ne bis in idem* tiene dimensión material y procesal; según la primera, nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, lo que importa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del estado de derecho. Su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Según la dimensión procesal, nadie puede ser juzgado por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en un mismo orden jurídico.

En tal sentido, la Constitución Política señala dos exigencias: 1) Que, no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento; y 2) Que, en el concurso aparente de leyes se impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos penas.

Desde la perspectiva procesal, el *ne bis in idem* es un derecho constitucional que impide que una persona sea enjuiciada dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo.

En materia penal es de entender que el Estado solo tiene una oportunidad para hacer valer su pretensión sancionadora, si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso.

La garantía del *ne bis in idem*, como inadmisibilidad de persecución penal múltiple se asienta sobre tres requisitos concurrentes, tres identidades:

- *En primer lugar*, funciona en los casos en que la persecución penal se dirige contra la misma persona en la que ya ha recaído un pronunciamiento. Para este supuesto no importa la calibración jurídica que se haya hecho de la participación en el hecho del sujeto perseguido, si concurrió como autor, cómplice o instigador, sino solamente que se trate de la misma persona (*eadem persona*). En el tema de la posibilidad de que haya una aplicación del *ne bis in idem* en abstracto, no referido a una persona específica, se ha discutido si la desestimación - que puede ocurrir cuando todavía no ha sido correctamente individualizado el imputado- puede producir un efecto *erga omnes*. Contestándose que la desestimación no produce el efecto abstracto de cosa juzgada, sino que se trata, simplemente, del rechazo -por inadmisibile- de una denuncia, que puede ser admitida nuevamente si se modifican las condiciones por las que antes fue rechazada.
- *Un segundo lugar*, se necesita que se trate del mismo hecho punible (*eadem res*). Este requisito no hace referencia alguna a la calificación jurídica que haya tenido la conducta, sino al hecho fáctico por el cual se ha o se viene procesando. Así por ejemplo, no importa que el hecho haya sido calificado en un primer proceso, en el que se absolvió al imputado, como delito de homicidio simple y posteriormente se pretenda procesar, nuevamente, por el mismo supuesto fáctico pero calificándolo jurídicamente como asesinato. En este extremo, es necesario dejar debidamente sentado que, conforme señala generalmente la doctrina, para que

opere la garantía del *ne bis in idem* no es necesaria una identidad absoluta en los supuestos de hecho, sino que solo se debe mantener la estructura básica de la hipótesis fáctica. Es decir, que en términos generales el hecho sea el mismo. Caso contrario sería muy fácil burlar esta garantía mediante la inclusión de cualquier detalle o circunstancia que ofreciera una pequeña variación en la hipótesis delictiva

- *Finalmente*, se debe de exigir que se trate del mismo motivo de persecución (*eadem causapetendi*). Esto significa que el *ne bis in idem* solo funciona en sede penal en los casos en que ambos procesos tengan por norte la aplicación de una sanción. Así, por ejemplo, no funcionaría la garantía en los casos en que el otro proceso careciera de connotaciones sancionadoras, por ejemplo, se tratara de un proceso civil en el que el agraviado del delito pide la reparación del daño causado (siempre que no se haya constituido en actor civil en el proceso penal). En este caso, se trataría de la misma persona, el mismo hecho, pero el fundamento (o acción) sería distinto.

En atención a lo expuesto, entonces queda claro que la cosa juzgada deriva del *ne bis in idem* y es la calidad que adquiere una resolución firme al haber sido ejecutoriada o consentida. Una resolución es ejecutoriada cuando contra ella se han interpuesto, en el tiempo y forma preestablecidos, los medios impugnatorios señalados por la ley. En tanto que, es consentida cuando no se ha interpuesto impugnación alguna contra la resolución, entendiéndose por aceptado el fallo del juzgador. Por lo que, la resolución firme se torna inimpugnable, inmutable y coercible, es decir, adquiere la calidad de cosa juzgada.

El artículo 90 del código penal señala que nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible

sobre el cual se falló definitivamente. De dicha disposición se desprende que para verificar la existencia o no de una persecución penal múltiple se requiere la conjunción de tres identidades distintas: 1) Identidad de la persona perseguida penalmente (identidad subjetiva *eadem persona*)-, que se trate de la misma persona; 2) Identidad del objeto de persecución (identidad objetiva *eadem res*): que se trate de los mismos hechos; y 3) Identidad de la causa de persecución (identidad de acción *eadem causa petendi*): que las acciones obedezcan al mismo propósito y que esté resuelto por resolución firme.

En conclusión, el contenido del *ne bis in idem* posee mayor amplitud que el de la cosa juzgada pues, el primero, no solo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente, es decir, cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final por parte del órgano jurisdiccional correspondiente, sino que también se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela, es decir, que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes.

b) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Esta es otra característica del debido proceso. Para que la actividad jurisdiccional alcance sus objetivos de justicia es necesario que el proceso se tramite con celeridad como su denominación lo indica, este derecho garantiza que el proceso penal se lleve adelante y finalice sin que existan dilaciones indebidas en su tramitación.

Pero debemos de considerar que no toda dilación o retraso en la tramitación del proceso puede identificarse como una infracción de la garantía comentada, sino que las dilaciones indebidas han sido entendidas como supuestos extremos de funcionamiento anormal de la administración de justicia, con una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo

previsible o lo tolerable, y además imputable a la negligencia o inactividad de los órganos encargados de la administración de justicia.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se debe complementar con un principio de celeridad procesal, en el sentido que, en cuanto a los funcionarios estatales les sea posible la resolución del conflicto de carácter criminal se tiene que dar en el menor tiempo posible. Esto no importará lógicamente una pérdida de garantías.

En conclusión, el proceso penal debe realizarse dentro de un plazo razonable a fin de que se resuelva la situación procesal del imputado, quien tiene derecho a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

c) El derecho a un juez imparcial.- Nos encontramos pues, frente a una de las garantías más importantes de cualquier tipo de proceso, en vista de que el primero de los requisitos estructurales que ha de cumplir necesariamente cualquier juez o Tribunal, para poder ser considerado como tal, es el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto cuya solución se demanda.

La actividad judicial es, ante todo, una actuación desinteresada, pudiendo afirmarse que la legitimación judicial se encuentra antitéticamente opuesta a la de las partes, en tanto que la legitimación de estas se determina por la titularidad de un derecho o la existencia de un interés en el proceso, la del juez provienen precisamente de esa ausencia de interés con el objeto.

El Doctor Florencio Mixán Más en sus clases impartidas en el curso de juicio oral de la Universidad Nacional de Trujillo, indicaba que la imparcialidad impone la rigurosa aplicación del principio de la identidad: “el juez es juez, nada más que

juez” Y entre y las partes resulta aplicable el principio de tercio excluido: "o bien es parte o bien es juez, no hay posibilidad intermedia.”

d) El derecho al Juez natural, funciona como un instrumento necesario de la imparcialidad y como una garantía frente a la posible arbitrariedad de la actuación del poder penal del Estado en perjuicio del acusado que podría facilitarse mediante la asignación posterior al momento del acaecimiento del hecho que se le imputa, de un juez especialmente designado, no para juzgarlo imparcialmente (es decir, libre de mandato políticos de prejuicios o de presiones sobre el caso), sino para perjudicarlo.

El órgano judicial debe presentar cuatro caracteres indispensables:

- competencia o la aptitud que la ley le confiere para ejercer su jurisdicción en un caso concreto.
- Independencia, implica que no se encuentre subordinado a ninguna de las partes del proceso o entidad externa.
- Imparcialidad, el juez es un tercero neutral para decidir el proceso con objetividad; y
- Estar establecido con anterioridad por la Ley, es decir que debe haber sido designado previamente al hecho que motiva el proceso, de acuerdo al mecanismo constitucional para su nombramiento y designación.

e) El derecho a ser oído.- Es la facultad que tiene el justiciable de ser escuchado por el órgano jurisdiccional. Este derecho se canaliza principalmente a través de la declaración del imputado. Acto predispuesto por las leyes procesales para que aquel decida libremente si prefiere ejercer su defensa material guardando silencio o a través de manifestaciones verbales en descargo o aclaración del hecho que se le atribuye y que se le ha hecho conocer

previamente junto con las pruebas existentes en su contra, en forma detallada, y con el encuadramiento legal recaído, porque solo así podrá defenderse íntegramente.

Si el imputado ejerce su defensa guardando silencio, esta actitud no podrá ser utilizada como presunción en su contra (manifestación del derecho al comportamiento procesal pasivo), aspecto del que deberá ser informado debidamente por la autoridad judicial responsable del acto. Asimismo, le corresponde la última palabra siempre al imputado.

f) La prohibición de compeler a declarar o a reconocer la culpabilidad.- Nos encontramos frente a la garantía que tiene la persona para decidir libremente si declarará o no cuando viene siendo objeto de una persecución penal, así como, respecto de cual habrá de ser el contenido de su declaración.

Los funcionarios encargados de la persecución penal no están legitimados para compeler al individuo a declarar y, mucho menos, a declarar de una determinada manera.

Reconocidos juristas como Alberto Binder, en varias de sus obras, señala que el imputado tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración, consecuentemente, solo él determinará lo que quiere o lo que no le interesa declarar, lo que tendrá que hacer de manera voluntaria y libre; esto significa que no se pueden utilizar medios violentos para conseguir la declaración, pero significa también, que no se puede utilizar ningún mecanismo que menoscabe la voluntad del imputado (v. gr. mediante la administración de psicofármacos, sueros de la verdad, hipnosis, etc.). No se pueden emplear tampoco preguntas capciosas o sugestivas, ni amenazar al imputado con lo que le podría suceder en caso que no confiese, entre otros recursos similares. Esta garantía tiene por finalidad desterrar aquellas concepciones inquisitivas que buscaban

afanosamente lograr la confesión del imputado, incluso en desmedro de una dignidad de persona humana.

Entre las consecuencias más importantes de este derecho se encuentra el hecho de que de ninguna manera se puede obligar ni inducir siquiera al imputado a reconocer su culpabilidad, pero también se contiene el derecho que se tiene a que de la negativa a declarar, del silencio del imputado frente a preguntas concretas o, incluso, frente a su mentira no se puedan extraer conclusiones de culpabilidad.

g) La publicidad del proceso. Con ello se asegura la transparencia de las decisiones judiciales, pues así estarán sometidas a un control popular. Además, con ella se concreta uno de los principios del sistema democrático: la publicidad de los actos del gobierno. La publicidad tiende a asegurar la defensa en su sentido más amplio. Los juicios deben ser públicos porque no puede existir credibilidad en la justicia si el trámite de los expedientes es realizado a puertas cerradas.

2.3 El derecho a la presunción de inocencia.

El artículo 2.24.e de la Constitución establece a favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se declare judicialmente que existen pruebas suficientes que acrediten la responsabilidad del procesado.

El artículo II del Título Preliminar del CPP de 2004 indica que:

Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.

Mediante esta garantía se reconoce el derecho de la persona que viene siendo sujeto de una persecución criminal de ser considerado y tratado como inocente por el ordenamiento jurídico en su conjunto hasta que no exista un pronunciamiento judicial firme en el sentido de que el sujeto ha realizado un comportamiento delictivo.

Ya de inicio se debe advertir que el derecho a la presunción de inocencia no solo es una garantía que impone la consideración al imputado como inocente, sino que su efecto más importante lo produce en cuanto exige que la persona que viene afrontando un procedimiento criminal sea tratada, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aún no se ha comprobado responsabilidad penal alguna.

En cuanto a la consideración como inocente, uno de los sectores más importantes en los que debe actuar esta garantía lo encontramos en la información que se debe proporcionar sobre el estado del imputado en el proceso, tanto por los sujetos procesales, como, especialmente, por los agentes de los medios de comunicación.

El principio de inocencia exige que la detención tenga una aplicación excepcional, de última ratio, toda vez que se trata de un medio de coerción procesal de contenido idéntico a la más clásica de las sanciones criminales, la pena privativa de libertad.

La responsabilidad penal solo se declara mediante una resolución debidamente fundamentada, la que ha de quedar firme. Siendo que para su emisión se parte de la exigencia de auténticos actos de prueba y del principio de libre valoración o criterio de conciencia por los jueces ordinarios en su valoración.

Como bien es conocido, los imputados gozan de una presunción iuris tan-tum, por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada

(certeza). Las pruebas, para ser tales, deben merecer la intervención judicial en la fase del juicio oral, cuya obligatoriedad y publicidad impone la Constitución, salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba pre constituida. Asimismo, deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, pues de lo contrario son de valoración prohibida.

Para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas, a que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente o que el razonamiento de inferencia sea ostensiblemente absurdo o arbitrario, debiendo decaer cuando existan pruebas directas o de cargo, o simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpativa.

Así, tenemos que la presunción de inocencia constituye la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio, que permite a toda persona conservar un estado de "no autor" en tanto no se expida una resolución judicial firme. La afirmación que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente su responsabilidad es una de las más importantes conquistas de los últimos tiempos.

En consecuencia, la presunción de inocencia significa:

- Que nadie está obligado a demostrar su inocencia, pues esta se presume.
- Que solo, a través de una sentencia fundada en derecho, se podrá declarar la responsabilidad penal del acusado;
- Que nadie puede ser tratado como culpable mientras no exista esa declaración judicial firme; y
- Que no puede haber ficciones de culpabilidad: la sentencia absolverá o condenará, no existe otra posibilidad.

Este derecho tiene dos efectos:

- *A nivel extraprocesal*, es un derecho subjetivo por el cual al sindicado se le debe tratar como inocente. Es decir, que nadie, ni la

policía ni la fiscalía ni los medios de comunicación, pueden señalar a alguien como culpable hasta que una sentencia lo declare como tal, a fin de respetar su derecho al honor e imagen; y,

- *A nivel procesal*, el mismo trato de no autor hasta que un régimen de pruebas obtenidas debidamente produzca condena.

2.4 El Derecho De Defensa

Cuando la primera parte del numeral 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú consagra como uno de los fundamentos de la función jurisdiccional: "el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso", extiende dicha protección constitucional a cualquier momento y tipo de procedimiento (penal, civil, constitucional, laboral, etc.), reconociéndolo como requisito esencial para la válida constitución de un proceso.

Por su parte, el artículo IX del Título Preliminar del CPP de 2004 prescribe que:

1. "Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad, También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.
2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición".

Nuestro ordenamiento jurídico a la par con las normas internacionales concibe al derecho de defensa como pilar de cualquier tipo de procedimiento y, por ende, como una manifestación del debido proceso, entendido este como el proceso en el que se respetan las garantías constitucionales a favor de los intervinientes.

Importante es señalar que el derecho de defensa es, a su vez, principio y garantía. Constituye un principio porque sirve de fundamento para el desarrollo del proceso y para la interpretación de la norma adjetiva. Es una garantía porque el ordenamiento jurídico dota de mecanismos legales para hacerlo valer durante el proceso.

En ese sentido y de modo general, podemos definir el derecho de defensa como la garantía constitucional que le asiste a toda persona que posee un interés directo en la resolución jurídica del proceso penal para poder comparecer ante los órganos de persecución pertinentes, a lo largo de todo el proceso, a fin de poder resguardar con eficacia sus intereses en juego.

El derecho de defensa no solo se limita a la protección del imputado, sino también a otras personas que pueden intervenir en el proceso, como el actor civil o el tercero. El Ministerio Público, desde la perspectiva de la defensa como limitación del poder estatal, no tiene derecho de defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir su función persecutoria.

Este derecho de defensa tiene dos dimensiones:

- 1) como derecho subjetivo, es un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son su irrenunciabilidad y su inalienabilidad; y
- 2) como garantía del proceso, tiene un carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio.

Limitando el análisis del derecho de defensa al ámbito del proceso penal, lo podemos definir como el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la

asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano.

Existiendo una imputación nace el derecho de defensa, lo que importa reconocer que el imputado tiene, en cuanto posibilidad procesal, el derecho de acceder al proceso o a la investigación, esto es, a ser oído por la autoridad en todas y cada una de las instancias en que la causa se desenvuelva.

La defensa, en tanto derecho fundamental, es ejercida tanto por el imputado cuanto por su abogado defensor, de ahí su carácter dual: privada o material y pública o formal. La defensa material comprende el derecho del imputado a hacer valer su propia defensa, ya sea contestando la imputación, negándola, guardando silencio, o bien conformándose con la pretensión del fiscal. La defensa técnica se erige como un servicio público imprescindible que se presta aun contra la voluntad del imputado y viene a complementar la capacidad del imputado para estar en juicio penal, con lo que se busca garantizar el principio de igualdad de armas y resistir eficazmente la persecución penal.

Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, "el derecho de defensa contiene en su seno dos principios relevantes del Derecho Penal: el principio de contradicción y el principio acusatorio; por el primero se exige que exista una imputación del delito precisa y clara, que debe ser conocida por el procesado y que, finalmente, pueda ser oída enjuicio; por el segundo principio, se tiene la vinculación del órgano jurisdiccional en observancia de la acusación fiscal y acorde a las normas que rigen el proceso penal peruano, así como que el ejercicio de la acusación será por órgano distinto al juzgador".

2.4.1 El principio de contradicción.- Se constituye sobre la base de dotar a las partes-acusador y acusado del proceso penal, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de

los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la condena.

Según Oré Guardia “ se debe aclarar que el efectivo ejercicio del derecho a la contradicción requiere de otro derecho que funciona como su substrato, el derecho a la igualdad procesal”. El cual implica la obligación del órgano jurisdiccional de brindar un trato igualitario a las partes, sin discriminaciones de índole alguno, permitiéndoles tener acceso a la información de, las actuaciones procesales, información del caso, en suma, procurando que se respete la igualdad de armas para desenvolverse en el proceso¹⁵

Entendido así, este principio se vulnera cuando el juez proporciona, oculta o niega información del proceso a una de las partes, cuando se parcializa a, favor de una de ellas e, incluso, cuando el legislador crea o resta privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional favoreciendo o perjudicando indebidamente a una de las partes.

2.4.2 El principio acusatorio. Es aquel según el cual no cabe la posibilidad de que quien investiga, emita sentencia sobre el mismo hecho. Por ello, el juez no puede ser instructor y juzgador a la vez, debiendo recaer la primera función, en el titular de la acción penal pública y la segunda en el órgano jurisdiccional.

Así pues, lo que caracteriza al principio acusatorio es la calidad del Ministerio Público como titular de la acción penal pública. Este órgano constitucionalmente autónomo es el único que puede activar las funciones del Poder Judicial en los casos de delitos pasibles de acción penal pública.

Según San Martín Castro, "con la expresión principio acusatorio se denomina un conjunto de garantías referidas a la distribución de roles

¹⁵ ORÉ GUARDIA, ARSEMIO, Revista “Panorama del Procesal Penal Peruano”, Suplemento Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1 N° 04

y las condiciones en que se debe de realizar el enjuiciamiento del objeto del proceso penal¹⁶". Así, tenemos las siguientes garantías:

a).- La asignación de la investigación y el enjuiciamiento a dos órganos distintos. Esto en razón de que siendo la actividad instructora una actividad esencialmente inquisitiva, es necesario prevenir un prejuzgamiento y evitar que el imputado sea juzgado por un órgano falto de imparcialidad toda vez que la actividad inquisitiva comporta ir avanzando con la intención de descubrir elementos de prueba que digan de la culpabilidad del imputado. El derecho a la defensa no se podría hacer valer debidamente frente a un juzgador que se encuentre "contaminado" consciente o inconscientemente- con la idea de culpabilidad del procesado.

b).- La falta de identidad entre el órgano encargado de la persecución y el órgano encargado del juzgamiento. Es necesario distribuir los roles de persecución y juzgamiento entre funcionarios diferentes. Entregar en monopolio estas funciones ocasiona efectos perjudiciales para la defensa del imputado, pues no va a enfrentar a un sujeto que posea medios similares a los suyos, sino que se va a enfrentar al "amo y señor del proceso"; se deberá "defender" del sujeto que, en el momento de la expedición de la sentencia, va a decidir sobre su futuro. Se tendrá que cuidar, entonces, de no atacar a su oponente, por el fundado temor a represalias.

Esta separación de roles no solo evita la parcialización del juzgador, sino que también impide una situación de desventaja del imputado frente al órgano jurisdiccional. La persona sometida al proceso ya no es un simple objeto de una inquisición por el juez omnipotente a quien debe guardarse de atacar, sino un sujeto procesal y un contrincante del fiscal, con quien puede debatir vehementemente.

¹⁶ SAN MARTÍN CASTRO CESAR, "Estudio de Derecho Procesal Penal", pag.446, AÑO 2012

c).- La necesidad de congruencia entre la acusación y la sentencia. El órgano jurisdiccional no es totalmente libre en el momento de expedir la sentencia sino que tendrá que limitarse a pronunciarse por los hechos que fueron acusados por el fiscal, no podrá introducir nuevos hechos.

Asimismo, el órgano jurisdiccional se encuentra condicionado por la calificación jurídica que se haya realizado del hecho en la acusación, no podrá sentenciar por un tipo penal que comporte mayor gravedad que el tipo por el que se ha acusado, pues el imputado no ha tenido la oportunidad de ejercer su defensa jurídica respecto de esta figura criminal.

d).- La prohibición de la reformatio in peius. Se exige que en la segunda o sucesivas instancias no se pueda agravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada.

Esta prohibición comporta una continuación de la vinculación del juzgador por los límites objetivos y subjetivos trazados por la acusación y la defensa, pero ahora ya en segunda instancia, con su respectivo fundamento en el derecho de defensa.

En conclusión, podemos sostener respecto al derecho de defensa que:

- Es un pilar esencial del proceso penal y como hemos adelantado admite dos modalidades:
 - La defensa material que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial o judicial. Consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o aclarando los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas y participando en los actos probatorios y conclusivos, o bien absteniéndose de realizar cualquiera de estas actividades.

- La defensa técnica que está confiada a un letrado que elabora la estrategia defensiva y propone pruebas, que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales.
- Debe de proporcionársele al imputado toda la información del hecho que se investiga. De esta manera se garantiza el conocimiento efectivo que debe tener el imputado del hecho que se le atribuye, el cual debe comprender la calificación jurídica y la relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de tiempo, lugar y modo, posibilitándose así el ejercicio del derecho de defensa. Esta información debe ser previa y sin demora, es decir, realizarse antes de cualquier acto procesal.
- El imputado es libre para decidir si declara o no durante el proceso penal. Esta garantía se encuentra consagrada por los tratados internacionales que establecen el derecho de toda persona a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable.
- Debe de garantizarse la comunicación entre el imputado y su abogado defensor. Esta comunicación previa a la realización de cualquier acto procesal tiene por finalidad que el defensor asesore jurídicamente y se extiende aun a los periodos de incomunicación. La incomunicación no impide las conferencias entre el inculcado y su defensor, sin embargo, el juez competente las podrá denegar de considerarlas inconvenientes.
- El imputado tiene el derecho de preparar adecuadamente su defensa, para lo que debe de disponer de los medios y tiempo necesarios.
- Para los fines de la defensa del imputado, su abogado puede interrogar a los testigos ante el tribunal, así como obtener la comparecencia de los testigos o peritos que puedan aportar al proceso.

- El imputado tiene la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior. Aquí es donde aparece el derecho a la impugnación, que es distinto al principio de la pluralidad de instancias.

3. GARANTÍAS ESPECÍFICAS DEL PROCESO PENAL.

Las garantías específicas se refieren a aspectos puntuales y concretos del procedimiento y a la estructura y actuación de los órganos penales. A continuación, desarrollamos las principales.

3.1 La garantía de la investigación oficial

La investigación oficial consiste en que la persecución penal es promovida por un órgano del Estado, es decir, no queda librada a la discreción del lesionado o incluso al compromiso, existente o no, de cualquier ciudadano. Dicha garantía importa que las investigaciones se lleven en forma debida y correcta, con la necesaria firmeza, pero, al mismo tiempo, con la mayor moderación posible.

En tanto la persecución del delito es función del Estado, la Constitución confiere ese deber al Ministerio Público, titular de la acción penal pública y director de la investigación. La Constitución, el Código Procesal Penal de 1991 y el Código Procesal Penal del 2004, enfatizan que el Ministerio Público es el conductor o director y artífice de la investigación.

El fiscal debe acordar todas las diligencias que considere convenientes o útiles para la comprobación del delito e identificación de los culpables, guiándose por los principios de legalidad e imparcialidad.

La obtención de la verdad no es propiamente la material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, una verdad forense, y es a esta a la que se dirige la comprensión en el proceso penal. La averiguación de la verdad no puede hacerse a cualquier precio.

El Derecho Procesal despliega una amplia y estructurada serie de prohibiciones de prueba que impiden al fiscal y al órgano jurisdiccional adquirir y aprovechar datos cuyo conocimiento sería de gran interés.

3.2 El principio de igualdad procesal.

Esta garantía derivada genéricamente del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución política va de la mano con el principio de contradicción. De ese modo, se tiene que, por un criterio de justicia, tanto la parte acusadora como la parte que defiende al imputado tengan la posibilidad de actuar en igualdad de condiciones en el proceso penal. Es decir, que las partes dispongan de iguales derechos, oportunidades similares en el procedimiento a fin de expresar lo que convenga sus intereses y sirva para sustentar su posición.

El numeral 3 del artículo I del Título Preliminar del CPP de 2004 establece que: “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código, jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”.

Entonces, desde el punto de vista procesal, este principio, instituido como “derecho fundamental, garantiza que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión.

La igualdad está referida a la obligación concerniente al órgano jurisdiccional de proporcionar a las partes igualdad de armas, es decir, disponer de los medios necesarios para hacer valer sus respectivas pretensiones. Pero este principio también obliga al juzgador a aplicar la ley con igualdad.

3.3 El principio de publicidad.

Esta garantía, prevista en el inciso 4 del artículo 139 de la Constitución, contiene el control que ejerce la sociedad sobre el funcionamiento de los operadores del sistema de administración de justicia penal. Como bien, sabemos es el pueblo de quien emana la potestad de administrar justicia, pero por asuntos de orden y democracia, dicha labor ha sido encomendada al Estado, quien la administra a través del Poder Judicial. La publicidad permite que la colectividad supervise controle que tal labor sea bien desarrollada. En tal sentido, la publicidad del

proceso implica que la sociedad puede asistir a las salas de audiencia para presenciar el desarrollo del juicio.

Esta garantía, a la vez derecho para los ciudadanos, no es absoluta, sufre excepciones. La Constitución señala que si bien la publicidad del juicio no puede, impedirse en los supuestos de responsabilidad de funcionarios públicos, delitos cometidos por medios de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sí puede excluirse en los casos dispuestos por la ley, como son los referidos a la intimidad personal o a la seguridad nacional, por ejemplo.

Por ende, siendo la actividad procesal una función pública, constituye una garantía de su eficacia que los actos que la conforman se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien quisiera conocerlos. El servicio de justicia debe dar muestras permanentes a la comunidad de que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y transparencia. Para ello, no hay mejor medio que convertir en actos públicos todas sus actuaciones. Este conocimiento por parte de los justiciables de la actividad judicial, les concede la seguridad de que el servicio se brinda correctamente. Sirve de medio para el fortalecimiento de la confianza del pueblo en sus jueces y a la seguridad jurídica.

El fundamento del principio de publicidad es que el servicio de justicia es un servicio social. Esto significa que lo que ocurre en los tribunales no es de interés exclusivo de los litigantes, sino de la sociedad, a efectos de que pueda establecerse una relación de confianza entre los órganos jurisdiccionales y la comunidad.

En suma, la publicidad significa que no debe haber una justicia secreta, ni procedimientos ocultos, ni fallos sin antecedentes ni motivaciones. Los integrantes de la sociedad tienen el derecho de supervisar el buen manejo que el órgano jurisdiccional hace del ius puniendi, a fin de controlar no solo la actuación del juzgador, sino también el desenvolvimiento de las partes y, de ese modo, reclamar ante una arbitrariedad o abuso del derecho, o, en su caso, ver con mayor confianza el funcionamiento de un sistema de justicia transparente y justo.

3.4 El principio de oralidad

Desde una visión estricta, como la sustentada por Roxin, "un proceso es oral si la fundamentación de la sentencia se realiza exclusivamente mediante el material de hecho, introducido verbalmente en el juicio. Lo rigurosamente oral es la ejecución de la prueba, los informes de las partes y la "última palabra" del imputado (la oralidad, si bien tiene la ventaja de la expresividad, fresca y rapidez, tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención y del olvido) mientras que puede ser escrita la instrucción, la fase intermedia, la prueba documental -que en juicio habrá de ser leída-, la sentencia y el procedimiento recursal". Entonces, en un proceso regido por el principio de oralidad no todos los actos procesales necesariamente se realizan de forma verbal. Por tanto, lo decisivo para la calificación de un proceso como oral es su fase probatoria, en tanto que, el proceso es escrito si la sentencia se elabora conforme al resultado de las actas que integran el expediente.

No obstante, consideramos que el principio de oralidad se manifiesta en diversos momentos del procedimiento, como por ejemplo, cuando las partes sustentan verbalmente sus requerimientos ante el juez de investigación preparatoria, cuando exponen sus alegatos en la audiencia de juicio oral ante el juez penal, cuando oralizan sus medios probatorios e, incluso, apreciamos la oralidad cuando el juzgador emite su fallo en audiencia y cuando la parte lo impugna oralmente, salvo que reserve su derecho a impugnar dentro del plazo de ley.

La oralidad, entonces, es un principio que rige no solo la audiencia de juicio oral, sino todo el procedimiento. Este principio permite que el juzgador tenga una mejor apreciación del debate y de la información que se desprenda de la audiencia, todo lo cual le permitirá llegar a un convencimiento mucho más vinculado a la realidad, a la "verdad" y, consecuentemente, emitir un fallo adecuadamente fundamentado y justo.

3.5 El principio de inmediación

Por el principio de inmediación, las partes deben de ofrecer las pruebas, solicitarlas, practicarlas y controvertirse en la audiencia del juicio oral, la misma que, por supuesto, se desarrolla ante el juzgador. De ese modo, el juez decidirá con base en las pruebas actuadas en la audiencia del juicio oral. Pero esta regla, admite una excepción en el caso de la prueba anticipada. La cual se practica en circunstancias que la hacen necesaria y justificada, ante la imposibilidad de actuarla durante el juicio oral.

Lo dicho significa que, por regla general, la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia del juez encargado de pronunciar la sentencia (en el juicio oral). Es decir, que la sentencia se forma exclusivamente sobre el material probatorio formado bajo la directa intervención del juez en el juicio oral.

Entonces, se dice que un procedimiento está presidido por el principio de inmediación cuando el juez o tribunal están obligados a formar su íntima convicción y a fundamentar su sentencia exclusivamente con el resultado probatorio que ha podido formarse bajo su directa intervención en el juicio oral.

Ahora bien, tema trascendente es el de la legitimidad de la prueba que se aporte al proceso. Al respecto, el artículo VII del Título Preliminar del CPP de 2004 establece:

1. Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio".

3.6 Principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia

Cuando hablamos de contradicción no solo nos referimos a la dación del debate entre las partes, sino que se les asegure la información acerca de los actos y las pruebas de la parte contraria, es decir, igualdad de armas. La contradicción no está reservada para la fase del juicio oral, este es un principio que tiene plena vigencia desde la etapa de investigación, pues aquí es donde se determinan las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del investigado y en la que se obtienen los elementos de convicción que sustentan la acusación.

Por la contradicción el imputado tiene el derecho de refutar la sindicación formulada por el fiscal, desvirtuar los cargos imputados en su contra, aportar las pruebas favorables a su defensa y controvertir las aportadas por el acusador, así como, contradecir disposiciones del órgano jurisdiccional

Consiste en que todos los actos del proceso deben realizarse con conocimiento de las partes. Todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria. Puede que la actividad que el informado realice después de producido el acto informativo se realice o no, ello es secundario, la importancia del principio de contradicción radica en que dicho acto haya sido conocido en el momento oportuno.

Como podemos apreciar, la idea no es que en la práctica se produzca el contradictorio sino que las partes tengan el derecho pleno e irrestricto de ejercerlo, por lo que, decimos bien al afirmar que el principio de contradicción es abstracto.

El principio de bilateralidad de la audiencia o del contradictorio expresa que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión, si la persona contra quien aquella ha sido propuesta no ha tenido la oportunidad de ser oída.

Por ende, debemos de entender que todo acto procesal puede merecer réplica' del oponente y, en su caso, prueba que lo desmerezca o descalifique. De acuerdo, al principio constitucional que garantiza la defensa enjuicio se ha establecido el régimen de la bilateralidad, según

el cual todos los actos del procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria”

3.7 Los principios de concentración y de celeridad

El principio de concentración tiende a reunir en un solo acto determinadas cuestiones. El material de hecho se concentra en el juicio oral, a fin de que la actividad probatoria se desarrolle en una audiencia única y en el menor número de sesiones. El principio de concentración cuenta con tres dimensiones: a) la continuidad de la audiencia, b) la preclusión de las actuaciones y c) la sentencia dictada por el juez de juzgamiento.

- a) La continuidad del desarrollo de la audiencia permite que no se pierda la ilación del debate, la rápida culminación del caso y es la mejor forma en que los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad se cumplan al máximo. El juicio oral debe desarrollarse en una sola audiencia, la cual cuando sea justificado debe de culminarse en la menor cantidad de sesiones posibles.
- b) La preclusión significa que una vez transcurrida la oportunidad para practicar determinado acto, no cabe solicitar su realización posteriormente. Esto evidencia la importancia de la seriedad y dedicación que cada parte debe cumplir en su actividad durante el proceso. Asimismo, permite que el procedimiento se acelere, evitando dilaciones indebidas.
- c) Y, por último, el sentido del fallo deberá ser expresado por el juez en la misma audiencia, a fin de garantizar que su decisión es producto de lo actuado en el debate.

Por su parte, el denominado principio de aceleración o de celeridad del procedimiento es otro de los principios procedimentales que conforman la sucesión temporal de los actos procesales.

Este principio de celeridad presenta tres importantes manifestaciones:

- Desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, la celeridad del procedimiento ha de obtenerse mediante la adecuada combinación

de los principios de preclusión, eventualidad y concentración del procedimiento;

- Desde el punto de vista de la legislación constitucional, constituye un auténtico derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2) y
- Desde el punto de vista de la política legislativa, al haberse convertido el principio de celeridad, junto con el de eficacia, en uno de los postulados de la justicia social contemporánea, ha de informar las sucesivas reformas legislativas.

Así, desde una perspectiva constitucional el principio de celeridad se manifiesta también como un auténtico derecho fundamental, que a todo ciudadano asiste, para gozar de un proceso sin dilaciones indebidas o a que su causa sea resuelta dentro de un plazo razonable.

El principio de celeridad se trata de un derecho subjetivo constitucional que asiste a todos los sujetos que sean parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial (aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado), creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el ius puniendi o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad.

TITULO III

EL PROCESO PENAL PERUANO

1. Definición.

Según Velez Mariconde, define al proceso penal desde un punto de vista objetivo, externo y estático “Cuando se analiza ese instrumento estatal en conjunto y en sus distintas fases- el proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva”¹⁷.

2. Fases del Nuevo Proceso Penal Común

La mayoría de los países con modelo mixto presentan tres etapas como mínimo: instrucción (secreta y no contradictoria), fase intermedia y juicio oral. Este es el caso de Uruguay, Brasil, España y Francia.

Los de corte acusatorio prescinden de la instrucción para sustituirla por la investigación preparatoria - a cargo del Fiscal-, cambiando al Juez de instrucción por el Juez de la investigación preparatoria. El proceso se concibe como un debate de partes, en el que las pruebas se producen en el juicio oral, con observancia del contradictorio.

La fase intermedia se consolida como un filtro previo al juicio oral. Este es el caso de Italia, Alemania, Chile, Bolivia, Bélgica, Costa Rica, Guatemala, Inglaterra, Portugal, Venezuela y el Perú (a partir de febrero de 2006).

2.1 La investigación Preparatoria.

La fase de la investigación preparatoria puede comenzar con la interposición de la denuncia —por parte de un afectado o de un tercero, o de oficio, por parte del Ministerio Público o de la PNP—, luego de lo cual se inician las diligencias preliminares. El fiscal tiene 60 días o en su defecto determinará un plazo mayor dependiendo de la naturaleza del

¹⁷ Fuente: VÉLEZ MARICONDE, A., Derecho Procesal Penal, tomo II, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, 3º Ed., 2º Reimpresión, 1986, p. 114

delito para determinar si existen o no indicios de la comisión de un delito. Concluido este plazo, debe decidir entre formalizar y continuar la investigación preparatoria o archivar la denuncia.

La formalización de la investigación preparatoria da inicio a un período de 120 días en los que el fiscal, con apoyo policial, tiene que convencerse de la responsabilidad o inocencia de las personas denunciadas, para lo cual debe desarrollar todos los actos de investigación necesarios. A su vez, en ese lapso, el fiscal puede requerir que el juez de la investigación preparatoria otorgue medidas cautelares o aplique procedimientos especiales.

2.1.1 Funciones del Ministerio Público en la Investigación Preparatoria.

a) Dirige y conduce la investigación del delito.

La primera etapa del proceso penal de tipo acusatorio es la llamada *investigación preparatoria*, que de acuerdo con el artículo 321, inciso 1 del NCPP, persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que le permitan al fiscal decidir si formula o no acusación contra el investigado.

Así, el Ministerio Público, a través de los fiscales, se encarga de la persecución del delito; es decir, conducirá desde su inicio las investigaciones destinadas a reunir los elementos de convicción (pruebas) para acreditar los hechos delictivos y denunciar ante el Poder Judicial al presunto imputado.

Por ello, se reconoce legalmente que el Ministerio Público es el titular de la acción penal. Sin embargo, esto no debe ser entendido en forma restrictiva, pues lo que realmente debe hacer el fiscal es tratar de encontrar todos los elementos necesarios que puedan servir para aclarar el presunto delito cometido, y en este mandato también se incluye el deber de indagar los elementos o circunstancias que podrían servir para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado.

b) Solicita la aplicación de medidas limitativas de derechos.

Las medidas limitativas de derechos son las decisiones judiciales previas a la sentencia final que, por requerimiento del fiscal o en su defecto de la parte afectada, tendrán como resultado la limitación al derecho de la libertad personal del imputado, pero sin que esto signifique la limitación absoluta, es decir, su detención. Algunos ejemplos prácticos de estas medidas limitativas de derechos que pueden ser impuestas contra el presunto imputado por el juez de la investigación preparatoria son la obligación de concurrir mensualmente al juzgado a firmar, la prohibición de acudir a lugares públicos de dudosa reputación, e inclusive la prohibición de salir del país.

Los requisitos para imponer medidas limitativas de derechos podrán ser impuestos por el juez cuando considere que es necesario asegurar la participación del presunto imputado en el proceso penal, y siempre que no se cumplan los requisitos para dictar una medida restrictiva de derechos.

c) Solicita la aplicación de medidas restrictivas de derechos.

Las medidas restrictivas de derechos son aquellas decisiones judiciales previas a la sentencia final que, por requerimiento del fiscal o en su defecto de la parte afectada, tendrán como resultado la detención preventiva o el arresto domiciliario del presunto imputado.

Algunos ejemplos prácticos de estas medidas restrictivas de derechos que pueden ser impuestas contra el presunto imputado por el juez de la investigación preparatoria son el arresto domiciliario y la detención preventiva.

Estas medidas se podrán aplicar en los casos en los que la libertad del presunto imputado pueda devenir en su fuga o en la manipulación de pruebas, lo que afectaría la investigación del delito.

Los requisitos para imponer medidas restrictivas de derechos son los siguientes: que el delito presuntamente cometido tenga

como pena mínima cuatro años de pena privativa de la libertad, que existan suficientes elementos de convicción para considerar que el presunto imputado cometió efectivamente el delito; y que exista peligro procesal en cualquiera de sus dos componentes; esto es peligro de fuga o de obstaculización del material probatorio.

d) Promueve la instauración de procesos especiales.

El NCPP reconoce la posibilidad de que los fiscales o los imputados soliciten la aplicación de los siguientes procesos especiales: el principio de oportunidad, la terminación anticipada, el proceso inmediato y la colaboración eficaz. Todos estos procesos buscan que el hecho delictivo investigado no llegue al Poder Judicial, sino que se decida antes; o, en el peor de los casos, que llegue, pero con ciertas condiciones especiales que permitan que se resuelva a la brevedad.

Sin embargo, es importante remarcar que el resultado de la aplicación de estos procesos requiere la aceptación del imputado, por lo que también supone beneficios especiales para él, en la pena impuesta o en la reparación civil que tiene que pagar, entre otros.

e) Acusa al imputado del delito ante el Poder Judicial.

Culminados los 120 días o 60 días más si es que el Fiscal decide prorrogar la investigación preparatoria, plazo que tiene para investigar el hecho delictivo, el fiscal tiene dos opciones:

- Interponer ante el Poder Judicial la llamada acusación fiscal contra los imputados en el delito, en caso de que haya alcanzado a reunir suficientes elementos de convicción como para convencerse de la responsabilidad de los investigados en el hecho delictivo.
- Solicitar el sobreseimiento de la causa y su posterior archivamiento, en caso de que considere que no existen

elementos suficientes para probar la comisión de un delito o para acusar a los investigados por los hechos cometidos.

2.2 Fase Intermedia.

La segunda etapa del proceso penal, de acuerdo con el NCPP, es la llamada etapa intermedia. Su principal característica consiste en que el juez de la investigación preparatoria revisa, en audiencia de control preliminar, la decisión final del fiscal, es decir, ya sea el requerimiento de sobreseimiento de la causa, si es que el fiscal ha considerado que no existen elementos de convicción suficientes para demostrar que, en efecto, que existe o no delito, que el presunto delito fue cometido, o en todo caso, para demostrar que el presunto imputado es responsable de los hechos, o la acusación fiscal, cuando el fiscal considera que, efectivamente, el delito se cometió y existen los elementos para creer de manera fehaciente que el presunto imputado es el responsable de este.

2.2.1 Funciones del Ministerio Público en la etapa intermedia.

Sea cual sea la decisión final del fiscal luego de culminada su investigación del delito, él deberá defender su postura y sustentar las razones de su requerimiento en el marco de la audiencia de control preliminar.

2.2.2 Funciones del Poder Judicial en la etapa intermedia.

- a) ***Si el fiscal acusa al presunto imputado.*** Inmediatamente recibida la acusación del fiscal, el juez deberá correr traslado de este documento a las demás sujetos procesales, para que en el plazo máximo de diez días interpongan cualquier tipo de excepción, solicitud de prueba anticipada o cualquier otro requerimiento permitido por la ley.

Transcurrido ese plazo y presentados los escritos y requerimientos que los sujetos procesales puedan haber planteado, el juez señalará día y hora para realizar la audiencia preliminar.

La audiencia preliminar servirá para que el juez revise la procedencia de la acusación fiscal. En este ejercicio, el juez se enriquecerá con los argumentos planteados por las partes, para luego tomar una decisión respecto a la acusación presentada, y con ello culminará la referida audiencia. Cabe señalar que es obligatorio que estén presentes en esta audiencia tanto el fiscal como el abogado defensor del acusado.

- b) ***Si el fiscal solicita el sobreseimiento de la causa.*** En primer lugar, el juez informará a las partes procesales acerca del pedido de sobreseimiento de la causa, es decir, para que, en un plazo de diez días, puedan oponerse a este. Luego de ese lapso, el juez convocará a una audiencia preliminar denominada audiencia de control de sobreseimiento, en la que se determinará el sobreseimiento de la causa o se declarará que el requerimiento del fiscal es improcedente.

En este último supuesto, el expediente penal será enviado al fiscal superior para que se pronuncie sobre la procedencia o no del requerimiento de sobreseimiento. Si el fiscal superior está de acuerdo con el requerimiento fiscal, el juez deberá dictar inmediatamente el sobreseimiento de la causa y la investigación será archivada. Si el fiscal superior no está de acuerdo con el sobreseimiento, ordenará a otro fiscal que formule acusación contra el presunto imputado.

2.3 Etapa del Juicio Oral.

Esta etapa, también conocida como *de juzgamiento*, es la más importante del proceso penal. Su objetivo principal es que se dicte sentencia sobre la acusación fiscal y sobre los fundamentos y pruebas expresados por las partes procesales.

2.3.1 Funciones del Ministerio Público en el Juicio Oral.

En el juicio oral, el fiscal hará las veces de defensor de los intereses de la sociedad. Por ello, en la audiencia sustentará las razones por las cuales interpuso la acusación fiscal, las pruebas encontradas para demostrar la responsabilidad del imputado y los fundamentos para considerar que la pena solicitada es la adecuada para el delito cometido.

2.3.2 Funciones del Poder Judicial en el Juicio Oral.

El juicio oral constituye la principal etapa del proceso penal porque es el momento en que el juez tomará la decisión sobre la culpabilidad o inocencia del imputado.

Con ese fin, el juez actuará como director del debate que sostendrán el imputado, el fiscal, el actor civil y el tercero civilmente responsable, de haberse incorporado estos dos últimos como partes procesales. Por ello, y con el fin de encauzar la discusión hacia los temas relevantes para esclarecer el caso, el juez está autorizado a interrumpir los alegatos o respuestas de las partes o, en todo caso, a impedir que los argumentos se desvíen hacia aspectos irrelevantes. Finalmente, el juez dictará sentencia sobre la base de los argumentos escuchados y de las pruebas oralizadas durante la audiencia.

2.3.3 La sentencia.

Es la resolución jurisdiccional de mayor jerarquía, mediante la cual el acusado es condenado o absuelto o sujeto a una medida de seguridad. La sentencia judicial es la forma típica más trascendente del acto jurisdiccional. (Rosas Yataco, Mayo 2009.), siendo sus modalidades:

a) Sentencia Absolutoria

La motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente la existencia o no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como, de ser el caso, la declaración de que el acusado no ha intervenido en su

perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal.

La sentencia absolutoria ordena la libertad del acusado, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias, la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que generó el caso, y fijará las costas.

La libertad del imputado y el alzamiento de las demás medidas de coerción procesal se dispondrán aun cuando la sentencia absolutoria no esté firme. De igual modo, se suspenderán inmediatamente las órdenes de captura impartida en su contra.
(Rosas Yataco)

b) Sentencia condenatoria.

La sentencia condenatoria, fijará, con precisión, la pena o medidas de seguridad que correspondan y, en su caso, la alternativa a la pena privativa de libertad y las obligaciones que deberá cumplir el condenado. Si se impone pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido, así como de la privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición instaurado para someterlo al proceso en el país.

La sentencia condenatoria decidirá también sobre la reparación civil, ordenando –cuando corresponda- la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda, las consecuencias accesorias del delito, las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos.

TITULO IV

LOS RECURSOS IMPUGNATORIOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

1) DEFINICIONES.

- (De La Cruz Espejo) Define a la impugnación como aquel acto por el cual se objeta, se rebate, contradice o se refuta una actuación judicial de cualquier naturaleza, sea que provenga de la parte contrario o de la propia autoridad que conoce el litigio.
- Según ORTELLS RAMOS¹⁸, El medio de impugnación se define como el instrumento legal puesto a disposición de las partes y destinado a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad.
- Según (Maier, 1996) sostiene que los recursos evitan las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales, en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, tratar de conseguir que la decisión atacada sea revocada, esto es transformada en sentido contrario, modificada o incluso eliminadas.
- Según (Rosas Yataco) fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad.
- El Decreto Legislativo N° 957 (Nuevo Código Procesal Penal) publicado el 29 de julio de 2004, regula en su Libro Cuarto, la impugnación, tratando los preceptos generales, y los recursos de reposición, de apelación, de casación, de queja y de revisión, en sus siete secciones.

¹⁸ En MONTERO AROCA, Juan. ORTELLS RAMOS, Manuel. GOMEZ COLMER, Juan-Luis. MONTON REDONDO, Alberto. Derecho Jurisdiccional. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1991. Tomo II (Proceso Penal), Pag. 411.

2) SUSTENTO DE LOS RECURSOS IMPUGNATORIOS.

Los medios impugnatorios tienen un sustento en:

- a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, el cual precisa en su Art. 14.5 que: “Toda persona declarada culpable de un delito, tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por ley.”
- b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, que precisa en su art. 8.2.h como Garantía Judicial: “el Derecho de recurrir al fallo ante Juez o Tribunal Superior”.
- c) La Constitución Política del Perú de 1993, en cuyo art. 139 inc.6 establece que: “son principios y Derechos de la función jurisdiccional: (...) la pluralidad de la instancia”.
- d) La Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su art. 11 precisa que “Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de Impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley”

3) ELEMENTOS DE LA IMPUGNACION.

- a) El objeto impugnable. Acto procesal susceptible de ser revocado, modificado, sustituido o anulado.
- b) Los sujetos impugnantes. Son aquellos a quienes asiste el derecho de impugnar como son los el inculpado, el actor civil, el Ministerio Público, el tercero civilmente responsable, y los terceros que tengan interés directo.
- c) El medio de impugnación. Son los instrumentos procesales para ejercitar el derecho a impugnar.

4) SUJETOS FACULTADOS PARA IMPUGNAR

Por regla general, toda resolución judicial es susceptible de ser impugnada. Ello, pues, es uno de los sustentos de la exigencia de su motivación fáctica y jurídica. No obstante, el artículo 404° del NCPP precisa que las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Y que los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución que se contradice o rechaza. Tenemos, entonces, que el derecho de impugnación corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos. El abogado defensor podrá recurrir directamente en favor de su patrocinado, quien posteriormente si no está conforme podrá desistirse de la impugnación interpuesta por aquél. Dicho desistimiento requiere autorización expresa del defensor.

Cuando tuvieran derecho de recurrir, los sujetos procesales podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición.

5) ADMISION DE LOS RECURSOS

A efectos de la admisión del recurso se requiere básicamente que el impugnante esté facultado por la ley, que lo interponga en la forma y plazos legales, y que cumpla con precisar los puntos rechazados y con sustentar su impugnación.

- a) **Los sujetos impugnantes.** El recurso impugnatorio debe ser presentado por quien:
- Resulte agraviado por la resolución,
 - Tenga interés directo
 - Se halle facultado legalmente para ello.
 - El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.
- b) **Forma y plazo:** El recurso debe ser interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia,

en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva. Los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de 5 días, salvo disposición distinta de la Ley.

- c) **Precisión de contradicciones y sustentos de la impugnación:** El recurso debe precisar las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y deben expresarse y especificarse los fundamentos fácticos y jurídicos que apoyen su recurso, el cual deberá concluir formulando una pretensión concreta.

Conforme al Código, el Juez que emitió la resolución impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes, luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. El Juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio.

6) AMBITO DEL RECURSO DE IMPUGNACION

El imputado y el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente, del objeto penal o del objeto civil de la resolución. El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución.

Cuando en un procedimiento haya varios imputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales. La impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil y la impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.

7) COMPETENCIA DEL TRIBUNAL QUE CONOCE LA IMPUGNACION

El Tribunal que conoce de la impugnación tiene competencia solamente para resolver la materia impugnada, pero también puede declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutive no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.

La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. En cambio, la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio.

8) EFECTOS

8.1 Efecto Devolutivo

Cuando la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano judicial superior al que dictó la resolución impugnada.

El efecto devolutivo responde a una designación de origen histórico, que consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación la entrega de la jurisdicción al superior. Mediante este efecto se atribuye la competencia funcional para resolver al órgano a quo sobre el punto objeto de la impugnación. El único recurso no devolutivo es el de reposición porque lo resuelve el mismo juez que emitió la resolución cuestionada.

8.2 Efecto Suspensivo

Cuando existe la imposibilidad de ejecutar de inmediato la resolución judicial expedida, siempre y cuando el recurso es admitido en ambos efectos, se suspende su ejecución en tanto se resuelva definitivamente. El problema del efecto suspensivo, debe estudiarse desde otra perspectiva, esto es, en su directa incidencia con los derechos a la libertad, la presunción de inocencia y sus manifestaciones y, por el contrario, con el derecho del Estado

8.3 Efecto diferido.

En los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, la impugnación que se presente si es concedida reservará la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga

fin a la instancia, salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes. En este último caso, la parte afectada podrá interponer recurso de queja, en el modo y forma previsto por la Ley.

8.4 Efecto extensivo.

Significa que la interposición de un recurso por uno de los procesados favorece o se extiende a otros que se encuentran en la misma situación aun cuando no la hayan cuestionado. Existe un criterio de favorabilidad.

8.5 Libertad del imputado.

Los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad. El juzgador está facultado para dictar las medidas que aseguren la presencia del imputado, siendo aplicable en lo pertinente las restricciones contempladas en el artículo 288° del NCPP.

9) EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS.

La resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes que requiera el caso, salvo disposición contraria de la Ley.

Las impugnaciones contra las sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado no podrán tener efecto suspensivo.

10) CLASES.

10.1 Recurso de reposición

Es un medio impugnatorio dirigido a atacar un decreto que ha causado agravio al impugnante, y cuyo reexamen estará a cargo del mismo órgano jurisdiccional que lo expidió. En consecuencia, no se trata de un recurso con efecto devolutivo.

Lo que fundamenta la existencia de este recurso es el principio de economía procesal, que busca evitar una doble instancia, a lo que deberíamos agregar que esta lógica también encuentra asidero en

la naturaleza de las resoluciones materia de impugnación, que como se ha indicado son decretos, que de acuerdo a lo establecido por el artículo 121 del Código Procesal Civil, a través de ellos se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite, y obviamente no se pronuncian respecto a las pretensiones principales.

El pedido de reposición es una actividad impugnativa que no configura un recurso en sentido estricto, no obstante la inclusión legislativa entre ellos, se trata de un trámite incidental por el que se tiende a evitar en alguna medida el recurso, provocando la eliminación de una injusticia por el mismo juez que dictó la resolución.

El plazo para su interposición es de 2 días contado desde el día siguiente a la notificación del decreto o de la fecha en que tuvo conocimiento de este la parte impugnante.

Si el decreto materia de impugnación es emitido en audiencia, el recurso de reposición será resuelto por el mismo órgano jurisdiccional en la misma audiencia, sin que esta sea suspendida, en consecuencia este recurso no tiene efecto suspensivo. Si por el contrario la resolución (decreto) que se pretende impugnar no ha sido dictada en audiencia, la reposición debe ser planteada por escrito con las formalidades establecidas en el artículo 405 del CPP, pudiendo en este caso el Juez, de creerlo necesario (es potestativo del juez) correr traslado del recurso por el plazo de 2 días, vencido el cual, el juez resolverá. El auto por el que el juez resuelve el referido medio impugnatorio es inimpugnable.

10.2 Recurso de apelación

Es el recurso habilitado que La ley procesal penal le concede al sujeto procesal con la finalidad que el superior jerárquico pueda reexaminar la resolución impugnada, que luego de ello procederá a confirmar, revocar o declarar la nulidad.

La apelación es un recurso esencialmente con efecto devolutivo, por cuanto el reexamen de la resolución impugnada será de

competencia del órgano jurisdiccional superior al de aquél que la expidió, en ese sentido el artículo 364 del Código Procesal Civil, señala que este mecanismo impugnatorio tiene por objeto que el órgano jurisdiccional examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

La apelación responde al principio dispositivo ampliado, porque si bien la capacidad de reexamen del ad quem, de acuerdo a lo establecido por el inciso primero del artículo 419 del CPP, está constreñida únicamente a lo que es la materia impugnada (principio de congruencia); sin embargo, también podrá declarar la nulidad de la resolución cuestionada en caso advierta nulidades sustanciales o absolutas en la tramitación del proceso en primera instancia, aunque estas no hayan sido materia de denuncia por el impugnante (artículo 409 del CPP). Se ha tratado de sostener que esta competencia ampliada del órgano de revisión (que ya no sólo se restringe a lo que es materia de impugnación) tiene su sustento en que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad; no obstante, es de acotar que esta posición solo tendría asidero de si los vicios están referidos únicamente a la formalidad de la resolución materia de impugnación, tal como lo establece el artículo 382 del Código Procesal Civil.

Se ha decidido configurar un recurso de apelación amplio, de modo tal que toda decisión final es susceptible de recurso de apelación y también se abre la posibilidad de ofrecer y practicar prueba en la vista oral, configurándose de esta manera una verdadera segunda instancia.

Por su parte, (San Martín Castro), al referirse al modelo de apelación asumido por el CPP señala que tendencialmente se optó por un modelo de apelación restringido: *“revisissio prioris instantiae*, que importa un control de lo ya resuelto en primera instancia (. . .) pero con modulaciones frente al modelo pleno, que en lo esencial postula la reproducción del juicio oral, una segunda instancia (. . .) Ello importa la búsqueda a través de la

apelación de un nuevo, completo y más exacto conocimiento de la realidad, juzgando lo actuado más el nuevo material fáctico aportado a la causa (. . .) En consecuencia, a la vista de las nuevas diligencias probatorias el *iudex ad aquem* podrá apreciar de nuevo lo apreciado en primera instancia, a la vez que tendrá la oportunidad de hacer un nuevo enjuiciamiento fáctico y jurídico sobre el material de conocimiento que se adquirió en primera instancia”.

Es de destacar que al no haber asumido un modelo de apelación pleno, dicho medio impugnatorio no genera un nuevo juicio, y si bien es cierto que se ha modulado el modelo restringido al posibilitar la actividad probatoria en segunda instancia, esta actividad debe concebirse como excepcional y complementaria. No debe perderse de vista, tal como lo venimos sosteniendo, que en el juicio oral (el de primera instancia) el que se somete a juzgamiento es el acusado, en cambio en la audiencia de apelación, el objeto de atención es la sentencia impugnada.

Las resoluciones que pueden ser cuestionadas a través del recurso de apelación (material apelable), de acuerdo a lo establecido por el artículo 416 del CPP, son las siguientes:

- Las sentencias.
- Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan los medios técnicos de defensa planteados por los sujetos procesales, o aquellos que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o a la instancia.
- Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva de fallo condenatorio o la conversión de la pena.
- Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva.
- Los autos expresamente declarados apelables o que causen agravio irreparable.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 414 del CPP, el plazo para interponer el recurso de apelación es de 5 días cuando la resolución cuestionada es una sentencia, y de 3 días contra los demás autos interlocutorios. Plazo que se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

La competencia funcional para conocer las decisiones emitidas ya sea por el juez de la investigación preparatoria o por el juez penal, sea este unipersonal o colegiado, recae en las salas Penales Superiores. En cambio dicha competencia recae en el juez penal unipersonal cuando la resolución cuestionada es emitida por el juez de paz letrado –artículo 417 del CPP-.

En el reexamen impugnatorio, el órgano revisor puede examinar, dentro del contexto de la materia controvertida, tanto la declaración de hechos como la aplicación del Derecho, pudiendo anular o revocar, total o parcialmente la resolución cuestionada, estando dentro de sus competencia el de poder revocar una sentencia absolutoria y dictar la condena respectiva, obviamente con plena observancia a las reglas de la prescripción de la reformatio in peius.. La voluntad del órgano revisor, en tanto Colegiado, se expresa como mínimo con dos votos conformes –artículo 419 del CPP-.

Un tema importante de destacar es que el CPP estatuye de manera expresa una doble calificación de admisibilidad, una a cargo del juez ante el que se interpone el recurso (que es el mismo que emitió la resolución, ya sea auto o sentencia cuestionada) y la segunda a cargo del órgano revisor; sin embargo, llama la atención que el legislador considere que los requisitos del recurso de apelación son todos de admisibilidad no teniendo en consideración requisitos de procedencia.

Respecto a este tema,, debemos tener en cuenta que el artículo 128 del Código Procesal Civil establece que la admisibilidad está referida a requisitos de forma y la procedencia a requisitos de fondo; y los artículos 357 y 358 de la acotada norma adjetiva establecen que los requisitos de admisibilidad básicamente están

constituidos porque el recurso sea interpuesto ante el órgano que cometió el vicio o error, la formalidad y los plazos; en cambio los requisitos de procedibilidad están constituidos básicamente por la fundamentación del recurso (indicación del error de hecho o de Derecho incurrido, especificación del agravio y sustento de la pretensión impugnatoria); no obstante, de la lectura del artículo 405 del CPPP se establece que la fundamentación del recurso, que es por naturaleza un requisito de procedibilidad, el legislador lo ha considerado como un requisito de admisibilidad.

10.2.1 Tramitación del recurso de apelación contra autos

El recurso de apelación se interpone ante el juez que la expidió la resolución cuestionada, quien efectuará un primer análisis de admisibilidad del recurso, cuyo resultado será notificado a las partes, procediendo luego a elevar lo actuado al órgano revisor competente –artículos 404, inciso 1 y 405, inciso 3 del CPP-.

Una vez recibido lo actuado por el órgano revisor, este, salvo disposición legal expresa en contrario, correrá traslado del escrito que contiene el recurso de apelación a los sujetos procesales por el plazo de 5 días.

Luego de dicho trámite el órgano revisor realizará una segunda calificación de admisibilidad del recurso, si lo califica como inadmisibile lo rechaza de plano (esta decisión es impugnabile vía recurso de reposición), caso contrario señala día y hora para la audiencia de apelación.

Antes que se notifique el decreto señalando fecha y hora para la mencionada audiencia, los sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, lo que será puesto en conocimiento de los demás sujetos procesales. De manera excepcional, el órgano revisor podrá solicitar copias o las actuaciones originales, sin que ello implique la paralización del procedimiento.

A la audiencia de apelación pueden asistir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En dicha audiencia que es inaplazable, se dará cuenta de la resolución recurrida, del sustento del medio impugnatorio, luego de lo cual podrá hacer uso de la palabra el defensor de la parte impugnante y a continuación los demás abogados patrocinantes de los otros sujetos procesales que estimaron conveniente asistir a la audiencia en mención; debiendo precisarse que, en cualquier caso, el acusado tendrá derecho a la última palabra. En cualquier momento de la audiencia, el órgano revisor podrá efectuar preguntas tanto al representante del Ministerio Público como a los abogados de los demás sujetos procesales, o solicitarles que profundicen los argumentos en que sustentan su posición respecto a la materia controvertida.

El órgano revisor, salvo disposición contraria, cuenta con un plazo de 20 días para absolver el grado.

10.2.2 Trámite del recurso de apelación contra sentencia

El recurso de apelación se interpone ante el juez que expidió la resolución cuestionada, quien efectuará un primer análisis de admisibilidad del recurso, cuyo resultado será notificado a las partes, procediendo luego a elevar lo actuado al órgano revisor competente –artículos 404 inciso 1 y 405, inciso 3 del CPP-.

Al recibir lo actuado el órgano revisor corre traslado del recurso a los sujetos procesales, quienes cuentan con un plazo de 5 días para efectuar la respectiva absolución de agravios.

Vencido el plazo antes señalado, el órgano revisor efectúa una segunda calificación de admisibilidad, de estimarlo inadmisibile lo rechaza de plano, contra esta decisión procede recurso de reposición.

Si por el contrario, el Órgano de Revisión considera admisible el recurso de apelación comunica a las partes que cuentan con un plazo de 5 días para ofrecer medios probatorios.

De decidir los sujetos procesales ofrecer medios probatorios, tienen que efectivizar dicha decisión a través de un escrito en donde no solo especificarán los medios probatorios ofrecidos, sino que además deberán precisar el aporte que esperan obtener de cada uno de ellos respecto a la cuestión impugnada, bajo sanción de inadmisibilidad.

Pero esta posibilidad que brinda el CPP para que los sujetos procesales, en segunda instancia, puedan ofrecer medios probatorios, no es ilimitada, ya que el inciso 2 del artículo 422 señala que solo serán admisibles los siguientes medios probatorios:

Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia.

Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva.

Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

Además de lo señalado es importante precisar que el inciso 3 del acotado artículo 422, establece una nueva limitación al establecer los criterios de pertinencia de los medios probatorios ofrecidos en segunda instancia, señalando lo siguiente:

Serán pertinentes los medios probatorios vinculados a la determinación de la culpabilidad o inocencia del procesado.

Si la materia impugnada está referida únicamente a la determinación judicial de la sanción, los medios probatorios serán pertinentes solo cuando estén referidos a dicho extremo.

Si lo que se discute recursalmente es únicamente el objeto civil del proceso, la pertinencia de los medios probatorios se regirán de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 364 del Código Procesal Civil.

Una vez ofrecidos los medios probatorios, el órgano de revisión en el plazo de 3 días decidirá la admisibilidad de estos mediante resolución motivada que es inimpugnable. Los criterios aplicables para la exclusión de medios probatorios ofrecidos, son

los de pertinencia (que está delineado básicamente con su vinculación con la materia impugnada) y de prueba prohibida (al respecto el inciso segundo del artículo VII del Título Preliminar del CPP establece que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona), pudiendo también denegar la admisión de los medios probatorios que resulten sobreabundantes o de imposible consecución –inciso 2 del artículo 155 del CPP-.

Del mismo modo, si el órgano revisor estima indispensable para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, citará a los testigos (incluidos los agraviados) que ya declararon en primera instancia.

Una vez admitidos los medios probatorios ofrecidos, se convoca a los sujetos procesales a la respectiva audiencia de apelación a la que es obligatoria la concurrencia del representante del Ministerio Público, así como la del imputado impugnante, y en caso la apelación haya sido planteada por el Fiscal, es obligatoria la presencia de todos los imputados recurridos. Pero si la materia impugnada está referida únicamente al objeto civil del proceso, no resulta obligatoria la concurrencia ni del imputado ni del tercero civil.

Como sanción a la inasistencia injustificada de la parte impugnante (ya sea el imputado, el Ministerio Público o el actor civil), los incisos 3 y 5 del artículo 423 del CPP prevé la inadmisibilidad del respectivo medio impugnatorio, sanción que no resulta aplicable cuando la incomparecencia es de los imputados recurridos, en cuyo caso continúa la audiencia de apelación y se dispone la conducción coactiva de los inasistentes así como su declaración de contumacia.

En la audiencia se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia. Se inicia con una relación de la sentencia impugnada, así como de los recursos planteados, luego de lo cual se dará la oportunidad para que las

partes o se desistan de sus medios impugnatorios o ratifiquen los fundamentos de estos. A continuación se procede a actuar las pruebas ofrecidas y debidamente admitidas. Cuando lo que se discute es el juicio de hecho de la sentencia, es obligatorio el interrogatorio de los procesados, salvo que estos se abstengan de declarar.

En la audiencia pueden darse lectura, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no cuestionadas y a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.

Culminada la actuación de los medios probatorios, los sujetos procesales pueden exponer sus alegatos finales, empezando por la parte impugnante y continuando con el Fiscal, los abogados del actor civil y del tercero civil, y del abogado del o los acusados, teniendo la última palabra el o los acusados, quien podrá, de estimarlo pertinente, ejercer su autodefensa, luego de lo cual el órgano de revisión declarará cerrado el debate, y se ingresa a la etapa de la deliberación en la que resulta de aplicación las reglas establecidas por el artículo 393 del CPP.

El órgano revisor tiene un plazo máximo de 10 días para expedir la sentencia correspondiente, bastando la mayoría de los votos para formar la voluntad de dicho órgano, dicha decisión jurisdiccional deberá ser pronunciada en audiencia pública previa notificación a las partes, siendo dicho acto inaplazable, pudiendo llevarse a cabo con la sola presencia de los concurrentes a dicho acto. Contra dicho fallo solo procede el pedido de aclaración o corrección y el recurso de casación.

El órgano de revisión a través de la sentencia de segunda instancia tiene competencia para lo siguiente:

a).- Puede declarar la nulidad, en todo o en parte de la impugnada, y ordenar el reenvío respectivo para que el a quo llamado por ley (que no podrá ser ninguno de los jueces que conocieron el proceso anulado) efectúe la subsanación correspondiente; en este caso si el nuevo juicio se dispuso como

consecuencia del medio impugnatorio interpuesto exclusivamente por el imputado, el nuevo juez no podrá aplicarle una pena superior a la que le impuso el primer magistrado.

b).- Puede confirmar o revocar la apelada. Si esta fue absolutoria, el órgano de revisión puede dictar sentencia condenatoria, si la sentencia cuestionada es condenatoria puede dictar la absolución correspondiente. Del mismo modo también puede modificar las sanciones impuestas, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad o confirmar o revocar la apelada, en estricta observancia de los principios dispositivo y congruencia procesal.

10.2.3 Sistemas de Apelación

a) Apelación plena

En el sistema pleno, la nueva fase es entendida como una continuación del primer proceso (*novum iudicium*), en el que existirá un nuevo pronunciamiento, autónomo, sobre el fondo del asunto. Una de las características de este tipo de apelaciones es la admisión del conjunto de alegaciones esgrimidas en primera instancia, a las que se añaden los nuevos medios de ataque y defensa que no hubieren sido utilizados anteriormente, que pasan a integrar el objeto procesal mediante la introducción de hechos no contemplados y pruebas no practicadas en la instancia precedente.

En cuanto al material probatorio que puede ser admitido en la segunda fase, no existe prácticamente ningún tipo de limitación, en tanto permite hasta tres modalidades del *ius novarum*: a) los materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en la primera instancia (*nova producta*); b) los materiales anteriores a la finalización de la etapa que no pudieron utilizarse por tomar la parte conocimiento de los mismos con posterioridad (*nova reperta*); y c) Los

materiales no utilizados voluntariamente en el primer proceso (nova allegata).

Esta inexistencia de límites en la admisión de hechos y pruebas no significa que no se establezcan pautas de preclusión y tampoco supone dejar abierta la posibilidad a introducir nuevas pretensiones que no fueran materia de petición en la primera instancia.

Pese a tal aclaración, es evidente que la apelación plena facilita que las partes, sabedoras de la amplitud de la apelación y de la indeterminación del objeto procesal en la primera instancia, reserve medios de ataque o defensa para la segunda instancia, con las consiguientes dilaciones y costes, y con el riesgo de que el debate sobre el fondo del asunto tenga lugar, recién, en la segunda instancia

b) Apelación limitada

En este modelo, la apelación no es autónoma de la primera instancia, sino complementaria, en la medida que el órgano que conoce en segunda instancia se limita a efectuar un control meramente negativo, en el que no formula nuevas declaraciones.

Como entiende Garberi, el modelo limitado en su estado más depurado, no enjuicia el fondo de la relación material discutida con el fin de proveer una segunda respuesta judicial sobre el conflicto, sino únicamente contra la legalidad o no de la resolución apelada, de modo que si el juez entiende que dicha sentencia no es conforme a derecho, solo podrá anularla sin tener la posibilidad de juzgar nuevamente el fondo del asunto.

En la apelación limitada, las partes no podrán deducir nuevas excepciones y medios de ataque y defensa, ni hechos o pruebas que no hayan propuesto en primera instancia; en suma, todo el debate se circunscribe a la

resuelta relación material. En este modelo, el órgano ad quem opera desde el punto de vista de juez a quo, de modo que se plantea si, con base en los materiales con que contó el juez de primera instancia, debió haber dictado otra y más acertada sentencia.

Lo anterior significa que ambos órganos judiciales se enfrentan a la decisión de las respectivas instancias en una situación homogénea, en tanto no se altera la correlación existente entre pretensiones y material instructorio.

Tras el resumen de los rasgos característicos de estos dos modelos de apelación y aun cuando uno de los principios rectores del sistema limitado sea el de la imposibilidad de introducir en la segunda instancia nuevas pruebas, lo cierto es que los ordenamientos de los distintos Estados se han inclinado por el sistema limitado con matices, en tanto admiten, de una parte, el ius novorum en casos excepcionales y tasados y, de otra, la formulación de un nuevo juicio. La aportación del nuevo material instructorio está exclusivamente prevista para los casos en que haya surgido con posterioridad al momento preclusión de las alegaciones en primera instancia.

c) El modelo de apelación propuesto en el Código de Procedimientos Penales de 1940.

Es un hecho que para conseguir la plena vigencia de la garantía de la doble instancia en materia penal no basta con el reconocimiento formal del derecho a interponer el recurso de apelación, siendo necesario también eliminar todos aquellos obstáculos que impidan ejercerlo, tal como la exigencia de demasiados requisitos formales o plazos muy breves para su interposición.

Como correlato de lo anterior, toda persona tendrá derecho a disponer, en un plazo razonable y por escrito, del texto íntegro de la resolución a efectos de la posible apelación, y de que estas cumplan con el deber de motivación, de modo que con exactitud y claridad, se expongan las razones por las cuales adopta la decisión y se valoran unas pruebas sobre otras.

En relación con la brevedad del plazo para interponer los recursos, es necesario resaltar que el de nulidad, además de su configuración extraordinaria, constituye sin duda alguna un obstáculo para la segunda instancia, en la medida que concede un plazo máximo para ser interpuesto que es de solo un día.

Vistos los modelos de apelación y sus matices, podría decirse que el diseño de la apelación que contenía el C de PP 1940, tras las sucesivas reformas, consagra la apelación limitada, con la posibilidad de aportar en la segunda instancia solo prueba documental, a la que se suma la facultad de dictar un nuevo fallo.

d) El modelo de Apelación en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004.

El legislador peruano al parecer más inclinado a concebir la apelación, por ende la segunda instancia, como la oportunidad de revisar lo resuelto por el juez inferior, y cuidadoso de no lesionar el principio de inmediación, ha decidido impedir que se modifique el valor probatorio de la prueba de primera instancia apreciada con inmediación; así, textualmente establece lo siguiente:

“La sala penal superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La sala penal superior no

puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia¹⁹.

Ciertamente la opción legislativa adoptada significa una revolución en la concepción que se tenía sobre el recurso de apelación y la segunda instancia. Siempre habíamos concebido que a través de este recurso era posible cuestionar la valoración de cualquier medio de prueba actuado, a efectos de que el superior con mejor criterio vuelva a valorarlos y se decida por la opción que la parte recurrente propone. La nueva regulación importa una limitación al derecho a los recursos de las partes, pues, si bien puede presentarse un recurso contra una sentencia, en principio no se podrá cuestionar la valoración de la prueba personal, precisamente porque esta requiere inmediación, de la que carece el órgano ad quem.

Es cierto que se trata de compatibilizar la capacidad de decisión del juez de segunda instancia con el principio de inmediación, dado que en la práctica esta desaparecía; pero es evidente que tal doctrina requiere cambiar nuestros paradigmas sobre el recurso de apelación y segunda instancia, no hasta identificarla con una apelación que implique un nuevo enjuiciamiento, pero, tampoco puede mantenerse el tradicional modelo de apelación como revisión de lo resuelto y con facultad plena del juez ad quem de corregir errores de valoración probatoria y de aplicación de la ley. De cualquier forma, cabe reconocer, siguiendo a Mercedes Llorente, que si

¹⁹ Art. 425, Sentencias de segunda instancia inc. 2- Nuevo Código Procesal Penal del 2004

bien el órgano ad quem tiene facultades para resolver cuantas cuestiones se le planteen, tanto de hecho como de Derecho, especialmente en lo atinente a la declaración de los hechos probados, en la práctica, oralidad e inmediación siguen erigiéndose, aún hoy en día, como principales obstáculos que dificultan la eficacia y la funcionalidad de la segunda instancia penal.

10.3 Recurso de casación

10.3.1.- Definición.

El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario, de competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema, tal como lo establece el artículo 141 de la Constitución Política del Estado. Tiene efecto devolutivo, por cuanto su conocimiento es de cargo del órgano superior del que dictó la providencia jurisdiccional cuestionada.

Es un recurso que posibilita a la Sala Casatoria ejercer control normativo respecto a lo resuelto por las instancias de mérito, control normativo referido tanto a las disposiciones de naturaleza sustantiva como a las de naturaleza procesal. Y es un recurso que no genera instancia y por ende no otorga función de revaloración probatoria a dicho Colegiado, quien resuelve en función a la base fáctica establecida por las instancias de mérito. A nuestro juicio, el hecho de no poder discutir sobre los hechos en la casación, configura decisivamente la naturaleza extraordinaria del recurso. Limita la cognición del órgano jurisdiccional a través del recurso, y ello es lo fundamental para la consideración de su naturaleza.

También se define al recurso de casación como el medio de impugnación, de competencia del Supremo Tribunal, en virtud del cual, se pide la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, no sujetas por sí o no sujetas ya a ninguna otra impugnación, por error de derecho sustantivo o procesal. La casación se limita, partiendo de los mismos hechos fijados en la

instancia, a examinar la concepción jurídica causal del fallo, o bien desentendiéndose del sentido de este, la regularidad del proceder que haya conducido a él.

El recurso se refiere, únicamente, a las cuestiones de derecho, sustantivo o procesal, lo cual implica en principio la exclusión de las cuestiones de hecho y, por ello, de todo problema atinente a la valoración de las pruebas; supone un interés de la parte que lo hace valer, por la cual la sentencia debe causarle gravamen; el tribunal de casación puede resolver anulando la sentencia impugnada cuando revela vicios formales, o bien puede ejercer competencia positiva adecuando la interpretación de la ley, que emite en sede del recurso, a los hechos definitivamente fijados, sin alterarlos.

10.3.2.- características.

- a) se trata de un recurso jurisdiccional, de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema;
- b) Es un recurso extraordinario, desde que no cabe sino contra determinadas resoluciones (. . .) y por motivos estrictamente tasados, regido además por un comprensible rigor formal y
- c) No constituye una tercera instancia, ni una segunda apelación, porque, de un lado, el órgano de la casación no enjuicia en realidad sobre las pretensiones de las partes, sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia; y, de otro lado, por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal.

El artículo 141 de la Constitución Política del Estado señala expresamente que el conocimiento del recurso de casación es de competencia de la Corte Suprema. En los artículos 427 y 428 del CPP, básicamente se establecen los requisitos específicos de admisibilidad del recurso de casación, cuya interposición además debe cumplir con los requisitos generales previstos en

el artículo 405 del acotado cuerpo de leyes. Finalmente el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada, con lo que queda claro que cuando la Corte Suprema actúa en sede de casación no lo hace como instancia de mérito y por ende carece de la facultad de reexaminar el juicio de hecho en virtud a la valoración de los medios probatorios actuados.

10.3.3.- Finalidad.

Tiene dos finalidades esenciales:

- a) la defensa del Derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia, la primera finalidad está referida a la correcta aplicación de la ley en los fallos judiciales y
- b) la función de unificación, perfila la necesidad de contar con un único órgano casatorio.

Tanto la función de control normativo (ya sea sustantivo o adjetivo), que suele denominarse función nomofiláctica, como la función de unificación jurisprudencial, tienen como sustento principal propugnar la vigencia del principio de igualdad, y accesoriamente la búsqueda de la seguridad jurídica, ya que se persigue, que las normas sean interpretadas y aplicadas, de ser el caso, de la misma manera, en casos similares. Para lo cual resulta imprescindible que, un único órgano casatorio a partir de las disimiles interpretaciones y aplicaciones normativas que efectúen las instancias de mérito en casos concretos, establezca su correcta interpretación, y por ende, los supuestos fácticos en las que deben ser aplicadas (control normativo), labor que la debe explicitar a través de sentencias casatorias que buscan ser vinculantes para las decisiones posteriores de los órganos de mérito (unificación).

Se trata de un recurso para la unificación de la doctrina, es decir, la finalidad concreta del recurso de obtener la igualdad en la

aplicación de la ley y, para ello, el objeto del recurso tiene que ser la unificación de la doctrina jurisprudencial. Esta idea básica implica, necesariamente, que deben existir otra u otras sentencias que mantengan una doctrina contradictoria; de no ser así no cabe hablar de la necesidad de unificar doctrina alguna (...) Esta idea implica que lo que ha de constituir el ámbito del recurso no es la bondad o no del fondo del asunto, sino la contradicción doctrinal, pues, lo que se ha de buscar es la unidad doctrinal (...) el fundamento de la búsqueda de esta uniformidad doctrinal se encuentra, por una parte, en el principio de igualdad y, por otra, en el principio de seguridad jurídica.

Teniendo en consideración las finalidades antes aludidas, podemos sostener que con ello se busca proteger:

- a) la igualdad ante la ley, que es un derecho constitucional, que se expresa en el aforismo, “a la misma razón el mismo derecho”, y
- b) Preservar los principios de seguridad y certidumbre jurídicas.

Esto quiere decir que de acuerdo a nuestro ordenamiento, prima el interés privado de la parte recurrente, de donde se deriva que el objeto de la casación no es tanto enmendar el perjuicio o el agravio inferido a un particular, o remediar la vulneración del interés privado, como atender la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes y doctrinas legales. El *jus constitutionis* prima sobre el *jus litigatoris*.

Adicionalmente a las funciones principales, antes mencionadas, la nomofiláctica y la de unificación, la doctrina hace mención a otros dos fines que se pueden perseguir a través del recurso de casación: la función de control de logicidad, que está referida al control de la construcción lógica de las decisiones jurisdiccionales, denominándose a los errores de logicidad como errores *in cogitando*, y la función dikelógica, o de justicia al caso concreto.

En este punto, sin perjuicio de lo señalado al referirnos a la función de unificación, resulta relevante, señalar que si bien el fin primario de la casación es la tutela de *ius constitutionis*; sin embargo, no debe olvidarse que en estricta aplicación del principio dispositivo, quien gatilla el mecanismo casatorio, es la parte que persigue un fin particular, y que si bien, si su cuestionamiento es admitido por el órgano casatorio, los efectos de tal decisión jurisdiccional van a ser generales (*ius constitutionis*) ello no quiere decir que el recurrente no se vea beneficiado, y por ende su pretensión impugnatoria pueda resultar amparada (*ius litigatoris*). En tal sentido la defensa del *ius litigatoris* sería pues un fin secundario reconocido y tutelado en cuanto el mismo coincida con aquel especial interés colectivo que constituye la base del instituto (casación).

Nuestro sistema casatorio, consagra el fin de unificación, tal como puede apreciarse en lo establecido en el numeral 4 del artículo 427 del CPP, así como el fin de control normativo (o monofiláctico) tal como puede apreciarse en los tres primeros incisos del artículo 429 del CPP. Del mismo modo en el inciso 4 del citado artículo 429 recoge la finalidad de control de logicidad, no teniendo norma expresa que recoja la finalidad, aun cuando no debemos olvidar que al declararse fundado un recurso de casación, si bien sus efectos tendencialmente van dirigidos a un contexto social, ello no quiere decir que con tal decisión, el impugnante no vea satisfecho su interés particular.

10.3.4.- Material casable e interés casacional

El artículo 427 del CPP establece, en sus tres primeros incisos, el catálogo casi taxativo de decisiones jurisdiccionales que pueden ser cuestionadas a través del recurso de casación, norma que se incardina dentro del contexto propio de los medios impugnatorios extraordinarios, y que, en general, se puede señalar está referido a resoluciones judiciales que ponen fin al

proceso o procedimiento, según las características que allí se indican.

Sin embargo, en el inciso 4 de la norma acotada, se establece que excepcionalmente la Sala Penal de la Corte Suprema podría ordenar, discrecionalmente, la procedencia de un recurso de casación, aun cuando no se halle previsto en los supuestos anteriores, si lo considera necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Lo que hace aquí la norma en mención, es reconocer la institución del denominado interés casacional, que tiene como antecedentes a la ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000, y en nuestro país en la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 4853-2004/AA-TC, de 19 de abril de 2007, que introdujo el llamado recurso de agravio constitucional extraordinario²⁰

A través del interés casacional lo que se busca, es otorgar al órgano supremo la capacidad de decidir qué materia va a revisar, por consideraciones que responden a variados criterios y que pueden ir desde la vulneración a la doctrina jurisprudencial o violación de derechos fundamentales o por cuestiones de unificación jurisprudencia, supuesto, este último, que es el recogido por el CPP para otorgar a la Sala Suprema Casatoria la capacidad de decidir, discrecionalmente, conocer cuestionamientos a resoluciones judiciales, que en situaciones normales no podrían ser pasibles de revisión vía casación.

En este sentido, queda claro que el interés casacional, más allá del contexto garantista que enmarca a la impugnación, responde primordialmente a la función de control de las decisiones

²⁰ "No obstante, si bien es cierto que, tratándose de resoluciones desestimatorias siempre está abierta la posibilidad de interponer un recurso de agravio constitucional (artículo 18 del Código Procesal Constitucional), permitiendo en estos casos que sea el Tribunal Constitucional quien se pronuncie en última y definitiva instancia, también lo es que los terceros que resulten afectados ilegítima y directamente por dichas resoluciones no tendrían tal posibilidad en la medida en que su actuación como parte en el proceso haya sido denegada o simplemente no haya podido ser acreditada por desconocimiento de dicho trámite judicial. En consecuencia, el "amparo contra amparo" abre la posibilidad, en estos supuestos, de que las alegaciones de violación de derechos puedan ser evaluadas en un nuevo proceso constitucional y, de este modo, se pueda acceder a un pronunciamiento final y definitivo por parte del supremo intérprete y guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales, si la pretensión es denegada en las instancias judiciales"

jurisdiccionales inferiores, que se le asigna a la impugnación, temas respecto de los cuales hemos abordado en el acápite referido a la naturaleza jurídica de la impugnación.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el auto de calificación del recurso de casación N° 01-2007-Huaura, de fecha 17 de mayo de 2007, hizo uso expreso de lo establecido en el apartado 4 del artículo 427 del CPP y re examinó, en sede casatoria, cuestiones referidas a materia cautelar, que por su variabilidad y provisionalidad, las decisiones jurisdiccionales que recaen sobre las mismas, no son definitivas y por ende no causan un agravio irreparable, lo que implica, que en principio no forman parte del material casable normal. Esta opción del Tribunal Supremo, fue justificada en la necesidad de “fijar un criterio interpretativo de carácter general acerca de las relaciones y posibilidades procesales resultantes entre la detención- como medida provisionalísima- y la prisión preventiva –como medida provisional más estable-, ambas de marcada relevancia constitucional al estar complicado el derecho a la libertad personal (...)”.

Similar criterio asumió el mencionado Colegiado Supremo en el auto de calificación del recurso de casación N° 08-2007- Huaura de fecha 24 de octubre de 2007, al aplicar el criterio de interés casacional, para discutir en sede casatoria, la determinación de los alcances del presupuesto material, constituido por la debida motivación, para acordar el sobreseimiento contra el requerimiento acusatorio del Ministerio Público.

En igual sentido, puede revisarse el auto de calificación del recurso de casación N° 02-2008-La Libertad, de fecha 15 de febrero de 2008, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, aplicó el criterio del interés casacional para, a través de este mecanismo impugnatorio, discutir sobre la diferencia de plazos de la investigación preliminar (actos preliminares de investigación) y de la investigación preparatoria (propiamente dicha).

Como puede apreciarse, el interés casacional, es un mecanismo que le permite a la Sala casatoria decidir, discrecionalmente el conocer materias contenidas en resoluciones judiciales, que en principio son ajenas al control de este recurso esta ampliación en su competencia se sustenta en el afianzamiento del rol de unificación jurisprudencial que persigue la casación y que ejerce el máximo órgano jurisdiccional. Se puede cuestionar esta decisión legislativa; sin embargo, de haberse optado por restringir a la Sala Casatoria, el conocimiento de un número taxativo de resoluciones cuestionables, habría generado la imposibilidad de unificación de criterios jurisdiccionales en temas tan trascendentes y gravosos, como las medidas de coerción, pudiendo ocurrir la emisión de decisiones contradictorias de instancias de mérito, respecto a los procesados, que podrían hallarse en situaciones fácticas y procesales semejantes.

La utilización del mecanismo del interés casacional, incluso ha permitido establecer una clasificación de la casación, de forma tal que aquellos recursos que se dirijan contra las resoluciones enumeradas en los tres primeros incisos del artículo 427 del CPP, se denominan “casación ordinaria o típica” y aquellos que se sustenten en el interés casacional, se denominan “casación excepcional (terminología esta última poco adecuada, ya que, per se, el recurso de casación es excepcional).

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia recaída en la Queja N° 66-2009 delimitó el contenido del interés casacional a los siguientes aspectos:

Unificación de interpretaciones contradictorias –jurisprudencia contradictoria entre diversos órganos jurisdiccionales-, afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial frente a decisiones contrapuestas con ella expedidas por tribunales inferiores, o definición de un sentido interpretativo a una norma

reciente o escasamente invocada, pero de especiales connotaciones jurídicas.

La exigencia ineludible, por sus características generales, más allá del interés del recurrente –defensa del *ius constitutionis*–, de obtener una interpretación correcta de específicas normas de derecho penal y procesal penal.

10.4 Recurso de Queja

10.4.1 Definición

El recurso de queja se diferencia de los demás recursos, en que no busca directamente la revocación de la resolución impugnada, sino que apunta más bien a obtener la admisibilidad de otro recurso que ha sido denegado previamente, pues por sí mismo el recurso de queja no resulta idóneo para introducir variantes en lo que constituye la decisión ya existente; apunta, en suma, a que el superior pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad del inferior se ha ajustado o no a derecho.

Es un recurso devolutivo, porque su conocimiento es de competencia del órgano superior al del que emitió la resolución de inadmisibilidad pero a diferencia del recurso de apelación y el de casación, se interpone directamente ante el órgano revisor, lo que implica que solo tiene un control de admisibilidad.

Es un recurso que no tiene efecto suspensivo, ya que su interposición no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

10.4.2 Materia quejable

Las resoluciones contra las que procede el recurso de queja las expedidas por el juez que declara inadmisibile el recurso de apelación y las resoluciones emitidas por la Sala Penal Superior que declara inadmisibile el recurso de casación.

10.4.3 Trámite del recurso de queja

El recurso de queja se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso, lo que lo diferencia del régimen normal de los recursos que se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida (inciso 1 del artículo 404 del CPP).

En el recurso debe precisarse el motivo de la interposición invocando la norma vulnerada, debiendo adjuntar al mismo el escrito que motivó la resolución recurrida, si fuera el caso los actuados referentes a su tramitación, la resolución recurrida, el escrito en el que se recurre y la resolución de inadmisibilidad.

Interpuesto el recurso, el órgano superior competente, sin trámite alguno, se pronunciará primero respecto a la admisibilidad del recurso de queja y luego respecto a su fundabilidad o no.

Si se declara fundado el recurso de queja, se concede el recurso declarado inadmisibile y se ordena al juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda; en caso contrario, se comunica tal decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

A golden scale of justice is the central focus, resting on a wooden surface. To its right, a wooden gavel lies horizontally across a stack of several law books. The books have various colored spines, including red, black, and white. The entire scene is set against a warm, brown background, suggesting a courtroom or a study. The text is centered over the scale.

CAPITULO IV.
RESULTADOS Y
DISCUSION

SUB CAPÍTULO I

POSICIONES ADOPTADAS POR LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL RESPECTO A LA CONDENA DEL ABSUELTO.

1. POSICIÓN DE LOS PAISES EUROPEOS Y AMERICANOS

Los países europeos como Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Luxemburgo, Mónaco, Países bajos, Noruega, España, Francia y Suiza dentro de sus legislaciones internas han adoptado la posición de condenar al imputado absuelto en primera instancia, ello debido a que a través del Convenio Europeo para la protección de los Derecho Humanos y de las Libertades Fundamentales han establecido excepciones al artículo 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; esto es, que el derecho que tiene toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal, a que una jurisdicción superior examine la declaración de culpabilidad o la condena tiene sus excepciones cuando una persona es condenado como resultado de un recurso contra su absolución.

1.1 En España, no solo se han adherido a las decisiones antes indicadas, sino que sus Tribunales como en el caso del Tribunal Constitucional Español han considerado que la ausencia de un instrumento de revisión de la sentencia condenatoria en apelación no implica necesariamente la violación de las garantías del debido proceso y ello guarda coherencia con lo dispuesto con el aludido protocolo, la posibilidad de apelar solo es posible en los procesos por juicios de faltas, en el ámbito del procedimiento abreviado y del enjuiciamiento rápido, no existe posibilidad de apelar en los demás procesos, donde se enjuician los delitos más graves; se mantiene para esos casos el recurso de casación. Con relación a este recurso, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que permite satisfacer la exigencia de la intervención de un tribunal superior requerida por el art. 14.5 del Pacto, incluso cuando, actuando en segunda instancia, revoca una sentencia absolutoria y condena por primera vez al acusado. Esto se advierte en

la Sentencia A.P. La Coruña 49/2012, de 30 de marzo de 2012, en la que dentro de sus fundamentos jurídicos señala:

Primero. La sentencia de 11 de abril de 2011, dictada en las presentes actuaciones de proceso penal abreviado n.º 341-2010, por la magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 1 de los de Santiago, La Coruña, absolvió al acusado D. Juan Antonio, de un delito de calumnias con publicidad, declarando las costas de oficio, por falta de prueba de cargo bastante para poder atribuirle la comisión del citado ilícito penal. Contra ella viene ahora en apelación la parte acusadora, interesando su revocación, y que en su lugar se dicte otra por la que se condene en el sentido interesado en su día en su escrito de acusación.

Segundo. No puede aceptarse el apartado de hechos probados que se contiene en la sentencia apelada, puesto que se limita a declarar que "desde 1999 hasta 2004, el acusado...y el querellante...rivales en política por la alcaldía de Boiro, se han acusado el uno al otro de todo tipo de desmanes, dentro del tono habitual que se usa en la política española", para a continuación decretar que no existe prueba de cargo bastante para poder atribuir al acusado la comisión del delito de calumnia que venía imputado.

Sin embargo, ambas acusaciones, también la pública, ausente en la presente fase procesal, aunque sostuvo la acusación en el acto de la vista, elevando sus conclusiones a definitivas, establecieron como hechos acusados que, en una rueda de prensa que tuvo lugar el 12 de junio de 2003, el acusado vertió unos comentarios, que fueron luego recogidos por un periódico, los cuales fueron reconocidos como ciertos por el acusado en todo momento, ya desde su primera declaración en la instrucción, folio 30 de autos, y como coincidentes con sus manifestaciones, de todo lo cual además existe prueba documental, obrando unido a los autos el ejemplar original del periódico donde fueron publicadas, y siendo también confirmadas por la propia periodista que las recogió, también desde su declaración en la instrucción, folio 52 de autos. De ahí que haya que considerar estos hechos como probados, y que no procediera en consecuencia dictar sentencia absolutoria por

falta de prueba de cargo, ya que los hechos se encuentran francamente acreditados, como ya se indicó.

Tercero. Entendemos que no se infringe ninguna de las garantías constitucionales al modificar en esta segunda instancia el citado apartado de hechos probados, ya que no se trata propiamente de un error en la valoración de la prueba, sino de que la sentencia apelada carece en realidad de fundamentos fácticos relativos a los hechos acusados, lo que determina que haya de ser integrada con los que ahora se consignan, sin que para ello sea necesario entrar en una nueva valoración de pruebas personales en apelación, sino sólo hacer constar lo que antes no se hizo más que de modo parcial e incorrecto, y sin embargo está acreditado documentalmente, y constituye además una conducta reconocida por el acusado. No es la falta de prueba de los hechos la verdadera causa de la absolución que se recurre, sino que ésta se ha producido o se deriva de la calificación jurídica o de la relevancia que se haya de otorgar a esos hechos.

Efectivamente, de acuerdo con la ya abundante jurisprudencia constitucional en la materia, (vid. por ej. últimamente la STC 154- 2011, de 17 de octubre), en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, es doctrina iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre y reiterada en numerosas ocasiones (SSTC 49/2009, de 23 de febrero, 30/2010 de 17 de mayo, 127/2010, de 29 de noviembre, y 46/2011, de 11 de abril), que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, comprendidos en el mencionado derecho, impone inexorablemente que cuando el órgano de apelación condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o agrave su situación si fue condenado, si para ello establece un nuevo relato de hechos probados que tenga su origen en la apreciación de pruebas personales, esto es, aquellas para cuya práctica se exige la inmediación del órgano judicial resolvente, proceda al examen directo y por sí mismo de las mismas, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Pero dicha garantía de inmediación únicamente alcanza a la correcta valoración de las pruebas de carácter personal (STC 120/2009, de 18 de mayo), no siendo exigible cuando, como en el caso presente, la condena en segunda instancia se base en "otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal" (entre otras, SSTC 198/2002, de 26 de octubre, y 230/2002, de 9 de diciembre, AATC 220/1999, de 20 de septiembre, y 80/2003, de 10 de marzo, 40/2004, de 22 de marzo; 46/2011, de 11 de abril), como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el Juez a quo cuando procedió a su valoración.

Este es el caso de la prueba documental, SSTC 46/2011 y 40/2004, de 22 de marzo, que afirman que "existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal" (en el mismo sentido, SSTC 198/2002, de 26 de octubre, y 230/2002, de 9 de diciembre, y AATC 220/1999, de 20 de septiembre, y 80/2003, de 10 de marzo), como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el Juez a quo cuando procedió a su valoración.

En efecto, nuestro más alto Tribunal ha reiterado que la naturaleza de otras pruebas, singularmente la documental, permite su valoración en fase de recurso sin que sea precisa la reproducción del debate oral, por lo que la condena por el Tribunal superior basada en tal medio de prueba, sin celebración de la vista pública, no infringiría aquel derecho (por todas, SSTC 40/2004, de 22 de marzo, y 214/2009, de 30 de noviembre, y 46/2011, de 11 de abril). En el mismo sentido, SSTC 142/2011, 213/2007, de 8 de octubre, 64/2008, de 26 de mayo, 115/2008, de 29 de septiembre, 49/2009, de 23 de febrero, 120/2009, de 18 de mayo, 184/2009, de 7 de septiembre, 215/2009, de 30 de noviembre, y 127/2010, de 29 de noviembre.

Como dice la STC 153/2011 de 17 de Octubre, citando la 272/2005, de 24 de octubre, la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (cristalizado ahora en la garantía de inmediación) es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su Sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia.

Por ello no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración.

Cuarto. Por otra parte, y en relación con la necesidad de celebrar vista en apelación en estos casos, de la doctrina constitucionalmente establecida se concluye también que dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal ad quem se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Así por ej. en la reciente STC 45/2011, de 11 de abril, con referencia a las SSTC 120/2009, de 18 de mayo, y 184/2009, de 7 de septiembre, que a su vez se remiten a la STEDH de 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu c. Rumanía), se destaca que cuando se celebra una

audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos.

Ya desde la inicial STC 170/2002, de 30 de septiembre, cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado.

Así, ante un tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 del CEDH no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates" (entre otras STEDH de 16 noviembre 2010, caso García Hernández c. España § 24; 16 diciembre 2008, caso Bazo González c. España § 30).

De acuerdo con esta doctrina del TEDH, es indispensable contar con una audiencia pública cuando el tribunal de apelación "no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en Derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas" (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España). De donde se extrae la conclusión de que dicha audiencia pública no es necesaria cuando el tribunal ad quem se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior.

Y es que la exigencia de dar audiencia personal al acusado absuelto en la instancia, en tanto que manifestación del derecho a la defensa, tiene el sentido de darle ocasión de exponer su criterio sobre elementos de prueba que el órgano que conoce de la apelación pudiera valorar (siempre con respeto a la garantía de inmediación) de modo distinto a

como lo fueron por el órgano a quo. Pero carece de utilidad cuando la condena en segunda instancia se funda en el distinto criterio jurídico del órgano con competencia funcional para resolver en vía de recurso.

Como señala la STC 45-2011, de 11 de abril, desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado.

La presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído.

De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso, como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado.

De igual modo, la doctrina constitucional reseñada no resulta aplicable cuando el núcleo de la discrepancia entre la sentencia de instancia y la de apelación atañe estrictamente a la calificación jurídica de los hechos que se declararon probados por el órgano judicial que primariamente conoció de los mismos y que quedan inalterados en la segunda instancia, pues su subsunción típica no precisa de la intermediación judicial, sino que el órgano de apelación puede decidir sobre la base de

lo actuado (STC 170/2002, de 30 de septiembre, reiterada en las SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 4; 256/2007, de 17 de diciembre, FJ 2; 124/2008, de 20 de octubre, FJ 2; 34/2009, de 9 de febrero, FJ 4; y 120/2009, de 18 de mayo, FJ 4).

Finalmente, y aunque no es el caso presente, conviene recordar que si bien se ha declarado en alguna ocasión que no hay tampoco necesidad con base constitucional (STC 48-2008, de 11 de marzo) de interpretar la normativa procesal de forma distinta a lo que del sentido propio de sus palabras deriva (art. 3.1 CC), de forma que no es constitucionalmente necesaria la práctica de pruebas en segunda instancia en supuestos distintos de los que se prevén en la normativa procesal, que no contempla la repetición de declaraciones ya practicadas en la primera instancia, razón por la cual puede ser denegada la prueba propuesta en estos casos, sin embargo también se ha afirmado como constitucionalmente admisible una interpretación que lleve a aceptar la práctica en la segunda instancia de pruebas de carácter personal ya realizadas en la primera, cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados (STC 120/2009, de 18 de mayo).

Quinto Efectivamente, no queda más remedio que discrepar en este caso también de la calificación jurídica que los hechos que hemos declarado probados hayan de merecer desde el punto de vista penal. Es así que estos hechos son legalmente constitutivos de un delito de calumnias con publicidad, previsto en los arts. 205 y 206 en relación con el art. 211 del CP, del que es autor responsable el acusado D. Juan Antonio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, atenuantes ni agravantes, correspondiendo imponer la pena de 12 meses de multa, con cuota diaria de 10 euros, y responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP.

Y ello porque el delito de calumnias con publicidad, de los arts. 205 y 206 Código Penal, consiste en la "imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad". Ciertamente concurre el primero de sus elementos, ya que estamos ante una imputación, o acusación de haberse cometido por el luego

querellante una acción que pudiera entrañar dos delitos, como son los de prevaricación y cohecho, concretamente cuando se dice que habría percibido importantes cantidades de dinero, 24.000 euros, y se insinúa, pues del contexto se deduce fácilmente, que ello ha sido a cambio de la concesión de favores ilícitos a terceros, en este caso los promotores de una determinada edificación. El resto de los contenidos de sus manifestaciones periodísticas no parece que tengan relevancia a los efectos de este proceso, como cuando se añade que se encuentra "procesado por un presunto desfalco de 330.000 euros en la recaudación municipal", y que ha sido expulsado del Partido Socialista por estos hechos, pero sirven para reforzar y dotar de credibilidad a la anterior imputación.

Hay que entender que concurre también en el caso el elemento subjetivo de la calumnia, el conocimiento de la falsedad o temerario desprecio de la verdad, y en definitiva de que la imputación realizada era inveraz. Respecto a lo primero, la intención de calumniar, el dolo específico requiere aquí que se deduzca de los datos o circunstancias de todo tipo concurrentes, como son las de señalar claramente a una persona, unos hechos, y un concreto tipo delictivo de los que causan más grave disvalor en la fama del calumniado, por ser precisamente persona dedicada a la gestión de los dineros públicos, que es precisamente lo que ha sucedido aquí. Del contexto en que fueron hechas estas manifestaciones se deduce la intención de atentar a la fama del ofendido, puesto que el propósito de atribuir a otro la comisión de un delito del que no se tiene más constancia que el rumor o la habladuría, por lo tanto inexistente, tiene la clara finalidad de atacar a quien acaba de presentarse a unas elecciones, poniendo de manifiesto su falta de categoría para el puesto al que va a optar. En este caso se deduce imputación de enriquecimiento ilícito por parte del denunciante, de un lucro patrimonial delictivo, a través de indeterminadas irregularidades urbanísticas.

Y respecto de lo segundo, lo cierto es que correspondía al acusado la prueba de la veracidad, la llamada "exceptio veritatis", para acreditar la realidad de sus acusaciones, lo que no ha hecho ni intentado a lo largo del proceso, ya que no querido siquiera traer ningún indicio ni mucho menos prueba sobre el particular, ni las ha mencionado incidentalmente ni de pasada, lo que constituye un claro indicio de la falsedad de la imputación.

Al efecto, insiste ahora el apelado en que las imputaciones son veraces, de todas la única que podría integrar el delito de calumnia es la que fue recogida por el Fiscal en su escrito de acusación, y para justificarlas se remite a informaciones periodísticas del año 1999, donde ya se hizo y recogió la misma imputación, y en las que se mencionaba la intención del hoy querellante de interponer acciones legales, a pesar de lo cual posteriormente no se presentó denuncia, y se dice también que el Partido Socialista fue el que denunció al entonces alcalde, hoy acusado, y se cita el archivo por falta de denuncia del ofendido, el hoy querellante. Ninguna de estas afirmaciones e informaciones periodísticas sin embargo sirva para probar, o entraña indicio alguno de la veracidad de las imputaciones, como pretende el acusado.

En cuanto a la falta de reproche social, el que tales manifestaciones ya hayan sido proferidas en 1999, y vueltas a repetir en 2003 no priva de gravedad en el menosprecio de la consideración social que se deriva de la imputación de haber percibido cuatro millones de pts. en dinero negro por un supuesto favor urbanístico, y no se evita el reproche porque todo haya quedado en nada o en "agua de borrajas", como dice el apelado, sino más bien lo que sucede es que se intenta reincidir y se reitera de nuevo la lesión del honor.

El elemento del contexto político es importante en este caso para la definición del delito de calumnia, ya que ese ha sido realmente el fundamento de la absolución en la instancia y no como se dice la falta de prueba, pues las imputaciones se vierten un mes después de haber ganado el querellante las elecciones municipales.

Sexto. Efectivamente, la sentencia apelada fundamenta la absolución del acusado en que en la colisión entre los derechos al honor y la libertad de expresión e información, de los arts. 18 y 20 de la Constitución, el último ostenta una especial posición de prevalencia, según tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional, en razón a su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de la opinión pública, relacionada con el pluralismo político que contribuye a formar, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se configura como límite extremo de aquéllas otras libertades, siendo todavía más amplios los límites permisibles de la crítica en ejercicio de esas libertades cuando se refieren a personas que se dedican a actividades políticas como el querellante, los cuales están expuestos a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratara de particulares, pues el sometimiento a esta crítica es parte inseparable de toda actividad de relevancia pública. Así, el elemento subjetivo o animus injuriandi, se estima hoy insuficiente para el enjuiciamiento de estos delitos, debiendo de ponderarse los bienes en conflicto, para determinar si el ejercicio de tales libertades opera como excluyente de la antijuricidad, teniendo en cuenta factores como que las manifestaciones versen sobre asuntos de interés público o de contenido político, procedan de y se dirijan contra personajes que desarrollan actividades de este tipo, su utilidad para exponer los hechos o juicios de valor que se trate de transmitir, etc.

En suma, las expresiones vertidas en la citada rueda de prensa no revestirían, según la sentencia impugnada, "especial relevancia, por ser el insulto, la descalificación y la imputación de horribles delitos y crímenes completamente normal en la vida política española, sin que el honor y la dignidad de ningún político quede afectada por ello, de manera que lo que podría ser punible en el ámbito y la esfera de particulares pierde su trascendencia cuando se trata de políticos". Y las imputaciones acusadas "son opiniones subjetivas sobre unos hechos que eran objeto de controversia en ese momento y por tanto teniendo

en cuenta el contexto en el que fueron vertidas en el que los valores de honradez y fiabilidad no tienen importancia alguna no entiende que se dé el tipo penal".

Se dice así que pretender extender la protección penal a cualquier lesión del derecho al honor quebranta el principio de intervención mínima, sobre todo en los casos en que haya sucedido en el ámbito de la confrontación política, ya que en tales casos pueden tolerarse excesos en expresiones o frases, aunque sean formalmente injuriosas o estén imbuidas de una innecesaria carga despectiva o difamatoria, cuando de su conjunto pueda detectarse el predominio de otros aspectos que otorguen una eficacia prevalente a la libertad de expresión o información, según STC 20-1990, de 15 de febrero. De manera que la jurisprudencia acostumbraría a ser benévola con los excesos verbales o críticas desmedidas en las contiendas políticas.

Séptimo. No podemos sin embargo estar de acuerdo con este planteamiento, pues como también recoge la propia sentencia apelada, por el simple hecho de dedicarse a la política no se deja de ser titular del derecho al honor, de acuerdo también con otras muchas decisiones, como por ej. la STC 190-1992, de 16 de noviembre. Y como dice el apelante, la laxitud con que se contemplan estas cuestiones cuando tienen lugar entre personas políticas no puede tener carácter absoluto, de manera que el derecho a la libertad de expresión o la crítica u opinión política no puede amparar la calumnia, como ha sucedido aquí, estando sometida esa libertad a cautelas como que la crítica sea por lo menos veraz, y no totalmente incierta, de manera que no pueden tales derechos constitucionales proteger a quien transmite información falsa o inveraz, sin que, como se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia del TC, la Constitución reconozca un supuesto e inexistente "derecho al insulto". No procede por lo tanto excluir la antijuricidad de estas conductas por el mero hecho de que se hayan producido en el contexto de la lucha política, entre personas que se dedican a ella de modo habitual e incluso profesional, y que tendrían en consecuencia que dar

muestras de ejemplaridad a una ciudadanía, hoy más que nunca, tan necesitada de ellas.

En consecuencia falla revocando la sentencia dictada por el Juzgado del Penal N° 1 de los de Santiago, La Coruña, y condenando a D. Juan Antonio, como autor responsable de un delito de calumnia.

Sin embargo debemos destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a España por dictar una condena de segunda instancia sin oír a un ciudadano absuelto en primera instancia y esto se advierte en el caso Sainz Casla; asimismo se da a conocer que a noviembre de 2013 es la décima primera condena a España en cinco años por el mismo motivo, fundamentándose que:

José Antonio Sainz Casla (1965, residente en Madrid) fue absuelto en 2008 por el Juzgado de lo Penal número 4 de Barcelona de cuatro delitos contra la Hacienda Pública y de un delito de contabilidad fraudulenta, tras ser oído en una vista.

Tras la apelación de otros dos acusados que sí fueron condenados en primera instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Sainz Casla, sin celebrar una vista, a una pena de prisión y al pago de una indemnización. Su recurso ante el Tribunal Constitucional fue rechazado.

El demandante se quejó ante la Corte europea de que la Audiencia Provincial realizó nuevas apreciaciones de las pruebas y añadió un nuevo elemento a las mismas sin respetar el principio de inmediación, es decir, sin oír al demandante.

Estrasburgo entiende que la Audiencia consideró suficientemente probado, sin escuchar al demandante, que Sainz Casla "conocía las irregularidades en la contabilidad", al contrario de lo que concluyó la primera instancia.

La sentencia de Comité (tres jueces), por el carácter repetitivo de los hechos de la condena, asegura que la Audiencia "ha reinterpretado los hechos declarados probados y ha efectuado una nueva calificación jurídica".

De este modo, la sentencia concluye que España vulneró el artículo 6.1 (toda persona tiene derecho a que su causa sea oída) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La sentencia también condena a España a indemnizar al demandante con 13.000 euros entre daños morales, gastos y honorarios, frente al casi medio millón de euros que reclamaba.

1.2 En Alemania, ha establecido que el recurso de apelación se dirige contra sentencias y conduce al control tanto de la cuestión fáctica, como de la jurídica. Es importante precisar, que en este país europeo solo son apelables las sentencias expedidas por los tribunales municipales, cuya competencia se circunscribe al juzgamiento de hechos ilícitos de menor gravedad. Así, para los casos de delitos graves se regula un procedimiento de instancia única, y se prevé como únicos recursos, el de revisión y el de casación. En dichos casos, para garantizar la doble instancia, el Tribunal Supremo Alemán ha emprendido grandes esfuerzos para controlar en la instancia de Casación, originariamente prevista como mero control de Derecho, la plausibilidad de la comprobación de los hechos realizada por la primera instancia.

1.3 En Italia, conforme lo normado en su Código Procesal Penal, el recurso de apelación de las sentencias supone un verdadero y propio segundo grado de juicio, potencialmente se extiende a cada cuestión de hecho o de derecho que el impugnante quiere volver a discutir, puesto que se faculta al juez de apelación a volver sobre todo cuanto ha sido decidido por el juez de primer grado. Se establece además, que, cuando el apelante es el Ministerio Público y la apelación concierne a una sentencia absolutoria, el juez puede condenar o declarar la nulidad de la sentencia examinada, según corresponda. Contra esta sentencia condenatoria no se ha previsto ningún recurso ordinario, no obstante, es posible su reexamen en casación, a través del control de logicidad de la motivación.

1.4 En Colombia, ante la demanda de la inconstitucionalidad de la Ley 906 del 2004, por la cual se expide el código de procedimientos penales ante lo prescrito en el Art. 177 que señala los efectos de la apelación de la sentencia, como se pasa a describir:

ARTÍCULO 177. EFECTOS. La apelación se concederá:

En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

1. La sentencia condenatoria o **absolutoria**.
2. El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión.
3. El auto que decide una nulidad.
4. El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral, y
5. El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral.

En el efecto devolutivo, en cuyo caso no se suspenderá el cumplimiento de la decisión apelada ni el curso de la actuación:

1. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida de aseguramiento; y
2. El auto que resuelve sobre la imposición de una medida cautelar que afecte bienes del imputado o acusado.”

La Corte Colombiana ha resuelto:

- Si la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal viola el principio del *non bis in idem*.
 - Si por virtud de lo dispuesto en los artículos 14, numeral 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, numeral 2º, literal h) del Pacto de San José, el Estado colombiano enfrenta una prohibición que excluye la posibilidad de que en su legislación interna se establezca el recurso de apelación contra las sentencias absolutorias en materia penal.
- Respecto a la primera posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal no es violatoria del principio del *non bis in idem*.

- a) Que en materia penal tiene especial relevancia el respeto al debido proceso de todos los sujetos procesales y, con particular énfasis, del sindicado, en la medida en que se afectan derechos como la libertad, la presunción de inocencia, o el derecho de defensa. De acuerdo con el artículo 29 de la Constitución, hacen parte del debido proceso los principios de legalidad, juez natural o legal, favorabilidad y presunción de inocencia; los derechos a la defensa, a impugnar la sentencia condenatoria, al debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
- b) En desarrollo de esos postulados se tiene que corresponde al Estado demostrar la culpabilidad del sindicado, sin que, por otra parte, el proceso pueda prolongarse indefinidamente en el tiempo. El sindicado tiene derecho a que su situación jurídica sea resuelta de manera definitiva, como culminación de un debido proceso y con plenitud de garantías. Una vez concluido el proceso el sindicado se ve amparado por la garantía del non bis in idem en virtud de la cual no se puede someter dos veces a juicio a una persona por un mismo hecho, independientemente de si ella fue condenada o absuelta. Quiero ello decir que una vez concluido el proceso, no cabe, como regla general, que el sindicado sea sometido a nuevo juicio de la misma naturaleza por los mismos hechos.
- c) La Corte Constitucional ha puntualizado que el principio de non bis in idem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas. Ha dicho la Corte que "...la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial,[8] equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de

‘someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta’

- d) Ha destacado la Corte que la institución de la cosa juzgada tiene, en cualquier ordenamiento jurídico, y en todos los campos, una importancia decisiva, “... pues de ella depende en gran medida la función pacificadora de la administración de justicia.” Ha agregado la Corporación que en el campo penal y del derecho sancionador, la cosa juzgada tiene, además, particular significación, no sólo en atención a los intereses en juego, como el derecho fundamental a la libertad, sino también para “... evitar lo que algunos doctrinantes han calificado como el ensañamiento punitivo del Estado, esto es, la posibilidad de que las autoridades intenten indefinidamente lograr la condena de una persona por un determinado hecho, reiterando las acusaciones penales luego de que el individuo ha resultado absuelto en el proceso.” Así, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, tanto en la Constitución como en los tratados de derechos humanos, en materia punitiva, la cosa juzgada se ve reforzada por la prohibición expresa del doble enjuiciamiento, o principio del non bis in ídem, postulado que, de acuerdo con la Corte, “... se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado.
- e) En razón a esa especial significación de la cosa juzgada en materia sancionatoria, la Corte ha señalado que aunque este principio no tiene carácter absoluto, porque en ocasiones puede entrar en colisión con la justicia material del caso concreto, situación que en los distintos ordenamientos jurídicos da lugar al establecimiento de la instancia extraordinaria de revisión, que permite, en casos excepcionales, dejar sin efecto una sentencia ejecutoriada, es posible que el legislador, para garantizar el non bis in ídem, excluya del ámbito de la revisión a las sentencias absolutorias en materia penal.

- f) No obstante lo anterior, la Corte ha puntualizado que tampoco el non bis in idem tiene carácter absoluto y que, en determinadas condiciones, "... la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP art. 2º) implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada." Agregó la Corporación que la razón para ello es que "... una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas", y que, por consiguiente, "... en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in ídem..."
- g) Al margen de las anteriores consideraciones en torno al carácter no absoluto del non bis in idem y a la necesidad de ponderarlo con otros principios y valores constitucionales, lo cierto es que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la garantía del non bis in idem opera frente a sentencias definitivas, amparadas por la cosa juzgada. Esto es, el sindicado sólo puede acudir a esa garantía cuando ha concluido el juicio con una sentencia en firme.
- h) Es claro, entonces que, cuando en el proceso penal se ha configurado un sistema de recursos, de manera tal que lo decidido en primera instancia sea susceptible de control por una instancia superior, no cabe señalar que producida la sentencia de primera

instancia, el juicio ha concluido y el sindicado que haya sido absuelto se encuentra amparado por el principio del non bis in idem. Ello solamente ocurre cuando exista sentencia ejecutoriada, bien sea porque no se interpusieron los recursos previstos en la ley frente a la decisión de primera instancia, o porque éstos fueron resueltos oportunamente en la instancia correspondiente.

- i) Así, como regla general se tiene que por virtud del principio del non bis in idem, tal como está consagrado en nuestro ordenamiento constitucional, una persona no puede ser juzgada ni sancionada dos veces por los mismos hechos. Ello implica que, concluido el juicio con sentencia ejecutoriada, no puede haber un nuevo juicio orientado a condenar a aquel que ha sido absuelto o a agravar la condena de quien previamente había sido condenado en condiciones menos gravosas. Pero, como se ha señalado, debe tenerse en cuenta que el proceso penal solo termina cuando existe sentencia condenatoria o absolutoria en firme y que ello no se da sino cuando se han agotado las instancias previstas en la ley. Así, si bien es cierto que la sentencia de primera instancia pone fin a una etapa del juicio, el agotamiento del mismo solo se produce cuando exista sentencia ejecutoriada.
- j) La propia Constitución establece junto con el non bis in idem y el derecho a impugnar la sentencia condenatoria (C.P. art. 29), la garantía de la doble instancia como principio general (C.P. art. 31). De esta manera, si el legislador establece la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal, el juicio no termina sino con la decisión de última instancia, sin que pueda decirse que por virtud del recurso el sindicado que ha sido absuelto se vea sometido a un nuevo juicio ante el superior jerárquico, porque se trata de una instancia adicional dentro del mismo proceso, que no se ha agotado. Esa etapa busca asegurar la corrección del fallo, de manera que se protejan no solo el derecho del sindicado a un juicio con todas las garantías, sino

también los derechos de las víctimas y el interés de la sociedad en un juicio justo.

- k) La segunda instancia no da lugar a un proceso autónomo en el que se repita de manera íntegra el juicio, sino que se trata de la oportunidad prevista por el legislador para que el superior jerárquico controle la corrección de la decisión adoptada en primera instancia. Ello significa, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004[18] y de consolidada jurisprudencia sobre el particular[19], que el superior actúa sobre los aspectos impugnados, para lo cual tiene como base los registros que, por solicitud de los interesados, se hayan allegado al recurso y los argumentos presentados en audiencia por los distintos sujetos procesales. La apelación no consiste, por consiguiente en una solicitud general y abstracta orientada a que se reexamine en su integridad lo actuado por el juez de primera instancia, sino que quien manifieste su inconformidad debe precisar y sustentar las razones que esgrime para ello. Se trata no de un nuevo juicio en el que deba repetirse íntegramente la acusación y la defensa, sino de la continuación del proceso en una instancia de control que se ha previsto como garantía interna orientada a obtener una decisión justa, sin perjuicio de la amplitud con la que, en ejercicio de su potestad de configuración, el legislador decida establecer el recurso.
- l) Sin embargo en cuanto hace a la garantía del non bis in idem, lo cierto es que con independencia de que el legislador decida establecer una segunda instancia con plenitud de competencia para conocer sobre todos los aspectos de hecho y de derecho que sean impugnados, y de las garantías que en consonancia con esa amplitud del recurso deban establecerse, lo cierto es que se trata de una actuación que recae sobre lo obrado en la primera instancia, que tiene en ella su referente obligado y es, por consiguiente, la expresión de una unidad procesal que solo

culmina con la ejecutoria de la sentencia definitiva, razón por la cual no cabe afirmar que equivale a someter al sindicado a un nuevo juicio sobre los mismos hechos.

- m) Por otra parte, que la garantía de la doble instancia tiene en nuestra Constitución el carácter de regla general y que las excepciones que el legislador puede introducir a la misma deben estar plenamente justificadas. Dicha garantía responde a la necesidad de establecer instancias de control que aseguren la corrección del juicio, al permitir que lo actuado en la primera instancia sea impugnado por quien se considere afectado y, que, respetando el derecho de contradicción, sea objeto de nueva decisión en la que se plasme la respuesta definitiva del ordenamiento jurídico.
- n) La Corte llega a la conclusión de que, no solo no es violatorio del non bis in idem, establecer la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, sino que, por el contrario, excluir esa posibilidad podría resultar problemático desde la perspectiva de la garantía constitucional de la doble instancia, el derecho de acceso a la administración de justicia, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP art. 2°).
- o) De este modo, así como, por expreso mandato constitucional, que está previsto también en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, su ordenamiento garantiza la posibilidad del sindicado de impugnar la sentencia condenatoria, también se ha previsto, en desarrollo de la garantía de la doble instancia, la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, lo cual constituye una garantía para las víctimas y protege el interés de la sociedad en una sentencia que, con pleno respeto de los derechos del sindicado, conduzca a la verdad, la reparación y la justicia.

- La posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal frente a las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos.
 - a) Que tal como se ha expresado por la Corte, la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su conocimiento, debería realizarse no sólo frente al articulado de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones que de acuerdo con la Constitución tienen jerarquía constitucional (bloque de constitucionalidad *stricto sensu*), o a partir de otras normas que aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros para analizar la validez constitucional de las disposiciones sometidas a su control (bloque de constitucionalidad *lato sensu*)
 - b) Así, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional Colombiana, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) en algunas ocasiones, las leyes estatutarias.
 - c) En relación con los tratados, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción.
 - d) En ese contexto, encuentra la Corte que ni el derecho a impugnar la sentencia condenatoria en materia penal, ni la garantía del non bis in idem están previstos expresamente entre aquellos derechos no susceptibles de suspenderse durante los estados de excepción, ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Tampoco se incluyeron

esas garantías en el enunciado de los derechos que se califican como intangibles en la Ley 137 de 1994.

- e) No obstante lo anterior, observa la Corte que, por un lado, tanto el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, como la garantía del non bis in idem, están previstos de manera expresa en la Constitución y son, por consiguiente, un parámetro obligado del control de constitucionalidad y, por otro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, la interpretación de ese derecho y de esa garantía, debe hacerse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia y en particular, para este caso, con lo que sobre la materia se dispone en el Pacto de San José y el PIDCP.
- f) Desde esa perspectiva puede señalarse que, ni la Convención, ni el Pacto, contienen la prohibición de que los ordenamientos jurídicos de los estados parte establezcan la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal, ni de esos instrumentos se desprende una interpretación de la garantía del non bis in idem que sea contraria a la que se ha plasmando en el apartado precedente de esta providencia. Por el contrario, ambos instrumentos son explícitos al señalar que la garantía del non bis in idem procede frente a sentencias ejecutoriadas y si bien el derecho a impugnar la sentencia condenatoria se ha establecido a favor del sindicado, nada de lo dispuesto en esos tratados se opone a que los Estados establezcan, además, la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria, eventualidad que, por otra parte, encuadra dentro de la concepción de lo dispuesto en esas convenciones internacionales como garantías mínimas, que no pueden desconocerse, pero si ampliarse y extenderse a otros supuestos, para el desarrollo de valores y principios que, contenidos en los ordenamientos internos, son expresión, también, del ordenamiento internacional.
- g) Esa posibilidad, finalmente, no solo, entonces, no resulta contraria al tenor literal de los tratados invocados por el demandante, sino que, además, obedece a postulados que los mismos instrumentos

consagran y que hacen parte de un amplio consenso internacional orientado a la consecución de la verdad, la justicia y la reparación.

- h) De este modo, ni de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se desprende una prohibición para los Estados parte de establecer la posibilidad de apelar sentencia absolutoria en materia penal, posibilidad que tampoco resulta contraria a la garantía del non bis in idem consagrada en la Constitución e interpretada a la luz de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano. En consecuencia habrá de declararse la exequibilidad de las expresiones acusadas, por los cargos estudiados en esta providencia.
- i) En consecuencia la Corte Constitucional Resolvió Declarar la **EXEQUIBILIDAD**, de la expresión “*absolutoria*”, contenida en el inciso 3º del artículo 176 y en el numeral 1º del artículo 177 de la Ley 906 de 2004.

2. Posición del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha precisado que la garantía de la Pluralidad de instancias, no tiene excepción alguna, entiende que siempre debe haber una revisión del fallo o la condena por un tribunal superior. Es así como dicha garantía se entiende vulnerada cuando a) la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva; cuando b) existe una condena impuesta en segunda instancia a una persona absuelta en primera instancia, sin que exista la posibilidad de revisar el fallo; y cuando c) el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia. En efecto según el Comité, tanto la sentencia absolutoria como la condena deben ser revisadas por un tribunal superior, en la medida en que la revisión únicamente de la sentencia no cumple con los preceptos del artículo 14, párrafo 5 del PIDCP. El Comité considera que el Estado tiene la obligación de revisar el fallo condenatorio

y la pena, sostiene además que el Tribunal superior debe revisar con todo detalle las alegaciones contra una persona declarada culpable, analizar los elementos de prueba que se presentaron en el juicio y los mencionados en la apelación y llegar a la conclusión de que hubo suficientes pruebas de cargo para justificar el dictamen de culpabilidad en el caso de que se trata. Así mismo, el Comité considera que la ausencia del derecho a revisión por un tribunal superior de la condena impuesta por un tribunal de apelación, después de que la persona hubiera sido declarada inocente por un tribunal inferior, constituye una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, salvo que el Estado haya realizado alguna reserva al respecto. La anterior consideración permite establecer que si bien el Comité es estricto en cuanto al hecho de que no existe excepción alguna a la garantía de la doble instancia, reconoce que los Estados al interponer reserva al respecto tienen previsto en su ordenamiento interno la posibilidad de que el tribunal superior juzgue en única instancia a ciertas personas en razón de su cargo.

3. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La corte Interamericana de Derechos humanos, ha establecido claramente que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, y que resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena.

Considera que el derecho a impugnar no consiste en un derecho a dos instancias, sino a una revisión, por parte de un tribunal superior, del fallo condenatorio, independientemente de la etapa en que este se produzca, que toda persona condenada, aun en segunda instancia tras la absolución en primera instancia, tiene derecho a solicitar una revisión de cuestiones de diverso orden y a que las mismas sean analizadas efectivamente por el tribunal jerárquico que ejerce la revisión, precisamente con el objeto de corregir posibles errores de interpretación, de valoración de pruebas o de análisis.

Para la Corte además, el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, y ha reiterado que el derecho a recurrir del fallo se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, lo cual supone, entre otras cosas, que: debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

Para el máximo Tribunal, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. Además el Tribunal considera que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas de la Convención que resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.

Para la Corte el recurso impugnatorio que permita la revisión de la sentencia, debe ser un recurso ordinario accesible y eficaz que permita un examen de la sentencia condenatoria en los términos que establece la Convención Americana y que los recursos de casación o la denominación que cada uno de los Estados pueda darles, no garantizan en lo absoluto, un examen fáctico, probatorio y jurídico que posibilite un análisis del fondo cuando se trata de una impugnación contra la sentencia condenatoria del imputado absuelto.

Por ello resulta muy ilustrativo el caso *Mohamed vs. Argentina*, el cual pasaremos a desarrollar:

1. *El caso*

En el Caso Mohamed vs. Argentina (Nº11.618), la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia, el 23 de noviembre del año 2012, condenando al referido Estado por violación al derecho a recurrir el fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus artículos 1.1 y 2. Esta violación convencional perjudicó al señor Oscar Alberto Mohamed.

Más de 20 años antes (el 16 de marzo de 1992), Mohamed, en su calidad de chofer de colectivos, conducía un autobús por la Avenida Belgrano –de la hoy llamada Ciudad Autónoma de Buenos Aires– y, en la intersección con la calle Piedras, protagonizó un accidente de tránsito, como consecuencia del cual pierde la vida la señora Adelina Vidoni de Urli, quien cruzaba la avenida, al ser apenas embestida por el ómnibus.

En la causa penal que se le abrió a Mohamed por el hecho mencionado, y en el marco del sistema procesal penal escrito que regía en ese entonces, el 30 de agosto de 1994 el Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 3 pronunció, a su favor, una sentencia absolutoria.

Tanto el acusador público –el Fiscal– como el privado –el querellante– interpusieron recurso de apelación y, en función de tales medios de impugnación, el 22 de febrero de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó la absolución y dictó sentencia de condena contra Mohamed, por el delito de homicidio culposo (artículo 84 del Código Penal), imponiéndole la pena de 3 años de prisión en forma condicional y la de 8 años de efectiva inhabilitación especial para conducir cualquier clase de automotor.

Dicho Tribunal de Apelaciones, para fundar la responsabilidad penal por homicidio culposo, sostuvo que las normas que violó Mohamed al conducir el autobús “son normas de práctica internacional, una establece el deber para quien crea un riesgo a terceros, de conducirse de modo de tener en todo momento el debido control de ese riesgo, para poder impedir cualquier daño a terceros, que pudiera provenir de circunstancias posibles y previsibles; otra, ligada con aquella, impone a quien procure adelantarse a otro vehículo la obligación de preservar la

necesaria visibilidad, no debiendo, por tanto, iniciar esa maniobra ante una encrucijada, curva, puente u otro lugar peligroso, y una tercera otorga prioridad de paso al peatón cuando éste cruza sobre la senda peatonal, de un modo absoluto en los lugares donde no hay indicadores mecánicos, y de un modo relativo, donde hay señales fijas, pues debe hacerlo con arreglo a las indicaciones de las mencionadas señales. En nuestra legislación, tales principios están contenidos en los arts. 37, 39 y 40 del Decreto Ley N° 692/92, reglamentario del tránsito automotor”.

Quedó acreditado en el proceso ante la Corte IDH que tal Decreto Ley N° 692/92 no estaba vigente al momento del hecho atribuido a Mohamed.

Contra esta condena, dictada por primera vez en segunda instancia, en Argentina sólo existía (y en general sólo existe hoy) el recurso extraordinario federal. Es decir, no había recurso ordinario alguno para procurar una revisión amplia e integral de tal condenación.

Por ello, el 13 de marzo de 1995 la defensa de Mohamed interpuso recurso extraordinario federal (con fundamento en los artículos 14 y 15 de la ley 48 de 1863), planteando cuestiones federales o constitucionales, entre las que se destaca la afectación al principio de legalidad penal y, en particular, a una de sus consecuencias: la irretroactividad de la ley penal. Ello por cuanto la condena invocó la violación a un deber de cuidado previsto en un reglamento no vigente al momento del hecho atribuido a Mohamed.

La misma Sala Primera de la Cámara de Apelaciones que condenó a Mohamed, dejando sin efecto la absolución anterior, el 4 de julio de 1995 rechazó el recurso extraordinario, argumentando que la defensa invocó meras cuestiones de hecho, prueba y derecho común. Incluso, al resolver, intentó corregir lo que denominaron un “error material”, que fue precisamente la invocación del decreto no vigente al momento del hecho (como única norma previsor de los mencionados deberes de cuidado –que para ellos había transgredido el colectivo–).

El 18 de julio de 1995 la defensa de Mohamed debió interponer recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por recurso extraordinario denegado, indicando en forma expresa que las planteadas constituían cuestiones constitucionales trascendentes, sin perjuicio de destacar que los parámetros para que la Corte Suprema defina la trascendencia de cada cuestión era “imposible estimarla a priori”.

Ante tal reclamo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la queja sin expresar fundamento alguno, con la simple cita del texto del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que así lo autoriza. Sólo dijo, entonces, que la queja “era inadmisibile”.

El 27 de septiembre de 1995 la defensa de Mohamed interpuso revocatoria a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que fue denegada el 19 de octubre de 1995 por no ser sus decisiones susceptibles de reposición o revocatoria.

Luego del rechazo del recurso extraordinario federal, Mohamed fue inhabilitado para conducir cualquier tipo de vehículos, por lo cual perdió su empleo como chofer de ómnibus en la empresa en la que trabajaba y, a consecuencia de ello, quedó directamente sin trabajo.

2. Los problemas jurídicos del caso

El presente caso plantea varias cuestiones jurídicas de relevancia, entre las que mencionaré cuatro:

- a) el derecho del imputado al recurso amplio contra la primera condena;
- b) el principio de legalidad penal y la consecuente irretroactividad de la ley penal;
- c) la prohibición de más de un juzgamiento contra una persona por el mismo hecho y
- d) las reparaciones.

A) El derecho del imputado al recurso amplio contra la primera condena

El tema principal del caso fue el derecho al recurso y, en particular, su

alcance cuando es ejercido contra una absolución dictada, por vez primera, en segunda instancia.

La Corte IDH dispuso, correctamente, que el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, previsto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se inserta dentro de las garantías mínimas a favor de “toda persona inculpada de delito” (párr. 91). Es “una garantía del individuo frente al Estado” (párr. 92); “se trata de un derecho que asiste al condenado” (párr. 93) y, de acuerdo “al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ..., es una garantía que tiene ‘toda persona declarada culpable de un delito’).

Como también lo destaca esta sentencia de la Corte IDH, “esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena”.

Este derecho al recurso “se garantiza respecto de todo aquel que es condenado” y comprende la potestad de todo imputado a impugnar la condena dictada, en su contra, ya sea en primera como en segunda instancia, en este último caso por un tribunal que dejó sin efecto una absolución anterior.

Indudablemente, con esta sentencia se ha dado un importante paso adelante, al sostener que “resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena”

La sentencia de la Corte IDH dejó bien en claro, como lo había hecho antes en relación a condenas pronunciadas en primera instancia (2), que este derecho de todo condenado le debe proporcionar un recurso ordinario, accesible, eficaz (párr. 99) y adecuado para obtener un control amplio e integral de la decisión que lo perjudica (párr. 97, 99 y 100).

Puntualiza el Alto Tribunal Interamericano que el recurso extraordinario federal existente en la República Argentina no es un recurso ordinario y no satisface, por ende, los recaudos que necesariamente debe reunir un medio de impugnación para cumplir con las exigencias del artículo 8.2.h.

Al mismo tiempo, “la Corte considera que el hecho de que el recurso haya sido rechazado con base en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación torna en incierta la accesibilidad al mismo, puesto que esta disposición habilita la denegatoria no motivada del recurso, de manera que los usuarios de la administración de justicia y, en este caso el señor Mohamed, no pueden conocer las razones por las que no pudieron acceder a esa instancia recursiva. Esto fue claramente expresado por la defensa del señor Mohamed ... que manifestó que ‘no existe parámetro o elemento normativo alguno que pueda orientar a los recurrentes sobre las cuestiones que pueden ser sustanciales o trascendentes para la Corte Suprema. Por lo tanto, es una situación que resulta imposible estimarla a priori’”.

Entonces, por lo dicho por la Corte IDH, queda en claro que el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina torna inaccesible el recurso extraordinario federal y, por ende, aunque se tratara de un medio de impugnación amplio (que no lo es), no garantiza la necesaria accesibilidad que debe tener todo recurso para cumplir con las exigencias del artículo 8.2.h de la CADH.

A su vez, como el citado artículo 280 del CPC y CN “habilita la denegatoria no motivada del recurso” (párr. 107) y como, a su vez, el “deber de motivar” las sentencias queda comprendido “dentro de la referida violación al derecho a recurrir el fallo” (párr. 118), es claro que, de acuerdo con el contenido de la presente sentencia de la Corte IDH, el artículo 280 señalado violenta el derecho del imputado a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior contenido en el artículo 8.2.h de la Convención ADH (4).

Por último, la eficacia, adecuación o idoneidad y, en definitiva, la amplitud del derecho al recurso importa que todo reclamo contra una sentencia de condena “debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido” (párr. 99), además de servir para “que pueda analizar(se)(5) cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho” (párr. 100).

No hay duda alguna, entonces, sobre la corrección del fallo de la Corte IDH en el presente caso, en cuanto condena al Estado de Argentina por violación al derecho al recurso contenido en el art. 8.2.h de la CADH y, en esa medida, resulta ser una decisión apta para cumplir con la función primordial de controlar la convencionalidad de las decisiones estatales.

B. El principio de legalidad penal y la consecuente irretroactividad de la ley penal

La sentencia del Caso Mohamed no se pronuncia sobre la posible afectación al principio de legalidad penal (y su consecuente prohibición de retroactividad de la ley penal), contenido en el artículo 9 de la CADH, pues considera que la temática trata “asuntos penales que corresponde sean examinados por el tribunal superior que debe conocer del recurso contra el fallo condenatorio, tal como lo ordena como consecuencia de haber declarado que se violó el artículo 8.2.h ... en perjuicio del señor Mohamed”

En verdad, es una lástima que no haya existido un pronunciamiento acerca de esta clara violación convencional producida en el caso al que nos referimos.

Es que el principio de legalidad penal requiere que el delito sea creado y descrito en una ley anterior al hecho del proceso, no pudiendo ningún otro órgano de poder de los Estados partes establecer

elementos constitutivos de ese delito. Lo mismo sucede, obviamente, con la pena, que no podrá establecerla, ni siquiera en parte, órgano alguno del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

El art. 9 de la CADH establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...”. Al momento del hecho, entonces, el derecho aplicable debe describir el delito. Por ende, no puede describirlo un órgano del Poder Ejecutivo ni tampoco el juez que, precisamente, debe aplicar ese derecho anterior.

“El principio de legalidad –dijo la Corte IDH– constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática..... la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste”

La imposibilidad de aplicar la ley penal (más severa) para el pasado es una consecuencia lógica de la necesidad de ley anterior. La propia Corte IDH dijo, al respecto, que “el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible”

Entonces, “corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. El tribunal considera preciso agregar que, tratándose de delitos culposos, cuya ilicitud es menor comparada a las de los delitos dolosos y cuyos elementos típicos están definidos de forma genérica, se requiere que el juez o tribunal observe el principio de legalidad de forma rigurosa”

La sentencia de condena –dictada en segunda instancia– sostuvo que Mohamed violó deberes de cuidado provenientes de “normas de práctica internacional”, agregando que “en nuestra legislación, tales principios están contenidos en los arts. 37, 39 y 40 del Decreto Ley N° 692/92, reglamentario del tránsito automotor”

Como tal decreto ley no estaba vigente al momento del hecho atribuido a Mohamed (y ello lo reconoció la Corte IDH), para condenar a este último se aplicó un decreto ley en forma retroactiva. Esto es, a los efectos de determinar cuáles eran los deberes de cuidado que se le exigían a él, antes del hecho, en la situación particular en la que actuó, no podía recurrirse a una norma legal no vigente el día del hecho. Por esa razón, ese decreto ley no era fuente legal válida para cerrar el tipo penal abierto de homicidio culposo.

Resulta sorprendente que la Corte IDH, a pesar de no expedirse sobre la violación alegada por la Comisión IDH y por los representantes de la víctima, haya expresado que “... al contrario de lo sostenido por los representantes, para determinar en cada caso cuál fue el deber objetivo de cuidado que se infringió, tratándose de un hecho ocurrido en un accidente de tránsito, el juzgador no está limitado a recurrir únicamente a una norma formal como lo sería el reglamento de tránsito automotor”. Y mucho más llamativo es que –después de haber sostenido que, en materia de delitos culposos, “se requiere que el juez o tribunal observe el principio de legalidad de forma rigurosa” – haya tomado en cuenta que el tribunal que condenó a Mohamed, en segunda instancia, sostuvo que los deberes de cuidado surgían de “normas de práctica internacional”, pues estas últimas no son fuentes válidas de creación de delitos y de penas.

La única fuente válida de los delitos y de las penas es la ley anterior al hecho del proceso. Y no es otra cosa lo que exige en principio de legalidad penal.

En suma, si el deber de cuidado no estaba descrito en una ley formal anterior al hecho del proceso no puede, supliendo tal ausencia, ser deducido por el juez de ninguna pauta social de conducta. Tal deber legal, como elemento de un tipo penal culposo, no puede, por ejemplo, identificarse con las pautas de conducta que “habría seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor”, ni de “los patrones sociales de prudencia” o del “standard mínimo de previsibilidad, compartido por casi todos los integrantes de una cultura” . Más allá de la imprecisión y de lo indescifrable de tales pautas sociales de conducta, ninguna de ellas constituye un deber legal y, menos aún, proveniente de una ley anterior al hecho del proceso.

La violación a la legalidad penal, en este caso, era patente y así debió ser declarada.

C. La prohibición de más de un juzgamiento contra una persona por el mismo hecho

La Corte IDH rechazó la pretensión de los representantes de la víctima de considerar violado el derecho del señor Mohamed a no ser juzgado más de una vez por el mismo hecho, contenido en el art. 8.4 de la CADH (“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”).

Sostuvo, básicamente, que el término “firme” utilizado por el texto del artículo 8.4 convencional impide considerar transgredido tal principio cuando la sentencia absolutoria fue pronunciada en primera instancia, quedando abierta la segunda instancia del mismo proceso. Dijo la Corte IDH que “la sentencia condenatoria no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal”

Ello, más allá de responder a una interpretación estrictamente literal del texto convencional, entra en franca contradicción con la naturaleza que el mismo fallo de la Corte IDH adjudicó al derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, previsto en el art. 8.2.h de la CADH.

Ello por cuanto sostuvieron, en la misma sentencia, que “el artículo 8.2.h de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de ‘toda persona inculpada de delito’” Es “una garantía del individuo frente al Estado” “se trata de un derecho que asiste al condenado” y, de acuerdo “al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..., es una garantía que tiene ‘toda persona declarada culpable de un delito’”.

El derecho a recurrir el fallo no es, entonces, una potestad del poder penal del Estado para intentar nuevamente lograr una sentencia de condena, cuando no logró su objetivo en un juicio penal, luego de haber sometido al imputado al riesgo de condena. No se trata de un poder estatuido a favor del Estado ni del poder penal. No está en manos del acusador, sino del imputado de delito y de su defensor. Y eso lo dijo con toda claridad la Corte IDH al tratar el alcance del citado artículo 8.2.h.

Por lo dicho, resulta contradictorio sostener que el término “firme” del art. 8.4 de la CADH constituye razón suficiente para reconocer la procedencia del recurso del acusador contra la sentencia absolutoria, cuando se afirmó, en la misma sentencia, que el derecho a recurrir el fallo está consagrado a favor del imputado, como parte de “un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar ‘las debidas garantías’ que aseguren ... el derecho al debido proceso”

Si el poder del Estado puede seguir juzgando a una persona –por el mismo hecho– a pesar del pronunciamiento de una sentencia absolutoria que cierra el proceso a su favor, entonces el derecho a recurrir el fallo deja de ser “una garantía del individuo frente al Estado”, para pasar a ser un eslabón del entonces inagotable poder punitivo del Estado.

Tal pretensión de inagotabilidad del proceso surge de las claras palabras de Julio B. J. Maier (perito en el caso que aquí se trata): “Repárese en que, si se permite al ministerio público buscar

renovadamente la condena con un recurso, al menos ello conduce, necesariamente, a que, si la consigue en última instancia o en un nuevo juicio, todavía se debe ofrecer al condenado -por primera vez o por primera vez respecto de esa condena- un recurso para atacarla, ante un tribunal superior. Se advertirá que ello resulta prácticamente imposible desde el punto de vista de la organización judicial y que la solución conduce, en verdad, a un infinito recursivo y procesal, pues siempre es posible pensar que el acusador logrará la condena ansiada ante el último tribunal y contra ella todavía resulta necesario garantizar un recurso al imputado a quien esa condena afecta. Se advertirá también cómo queda a la vista la múltiple persecución penal provocada por el Estado, el sometimiento múltiple al riesgo de una consecuencia jurídico-penal. El único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente, pues el riesgo múltiple queda eliminado si, además, la segunda sentencia de condena eventual no puede superar la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*)”.

En el mismo sentido se expidió el perito Alberto M. Binder, quien concluyó su fundado dictamen escrito sosteniendo, sobre el punto, que “la condena del señor Mohamed sería inválida porque la concesión del recurso de los acusadores ante una absolución ya dictada viola el principio del ‘non bis in ídem’”.

Pero hay otra cuestión que merece remarcarse y es la falta de tratamiento por parte de la Corte IDH acerca de una petición concreta de los representantes de la víctima. Me refiero al necesario respeto, por parte de la Corte IDH, del mejor estándar jurisprudencial existente en Argentina en materia de *ne bis in ídem*, por imperio del principio *pro homine* (o *pro persona*), contenido en el artículo 29 de la CADH.

En tal sentido, la Corte IDH manifestó que “no encuentra fundamento para entrar a analizar lo solicitado por los representantes en cuanto al criterio de interpretación del artículo 29.b) de la Convención”, ya que

“los representantes no aportaron al acervo probatorio de este caso las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a las que se refirieron en su escrito de solicitudes y argumentos”, por lo que “no ha sido probado ante este Tribunal con la seguridad que se requiere, que en Argentina el principio de ne bis in ídem está jurídicamente protegido y debe ser garantizado de forma más amplia que en los términos indicados en la Convención.

Cabe destacar que los representantes de la víctima adjuntaron copia del último fallo relevante en ese momento (el correspondiente a la causa “Kang, Yoong Soo s/rec. Extraordinario”, Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011), como en otro lugar de la sentencia lo reconoció la propia Corte IDH. Pero, inclusive, ese mismo fallo –incorporado a los Anexos como prueba documental–, en su considerando 5º, remite expresamente a la causa Sandoval (dijo allí la Corte Suprema Argentina, en la decisión incorporada al acervo probatorio: “la cuestión debatida en al presente resulta sustancialmente idéntica a la tratada en los autos “Sandoval, David Andrés –fallos: 333:1687–”, a cuyas consideraciones corresponde remitir en lo pertinente”).

Además de ello, se mencionaron y transcribieron las partes pertinentes de las demás decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativas al tema, indicando todos los datos indetificatorios de los fallos y proporcionando a la Corte IDH el link de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en el ofrecimiento de prueba), precisamente para poder constatar la veracidad de las citas y transcripciones. Por si fuera poco, a los mismos fallos se refirieron los peritos Julio B. J. Maier (en la audiencia oral ante la Corte IDH) y Alberto M. Binder (en su declaración escrita prestada ante escribano público).

También hicieron una pormenorizada mención de tales fallos, con transcripción y cita de las fuentes, los firmantes del Amicus Curiae presentado por la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina, que formó parte de la prueba incorporada al proceso.

En verdad, no hacía falta nada más para demostrar cuál era el estándar del máximo tribunal judicial argentino sobre la materia, ya que no quedó duda alguna acerca del contenido de los fallos mencionados, perfectamente ubicables, por otra parte, en el link de la Corte Suprema Argentina (lo que, incluso, es más seguro que acompañar una simple copia, por medio del procedimiento de copiado y pegado del texto).

Por esta razón la Corte IDH no trató un planteo central de los representantes de la víctima, por el que se reclamó, con toda justicia, que se acepte, por imperio de lo dispuesto en el art. 29 de la CADH, los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que otorgan mayor protección al principio que prohíbe el doble juzgamiento del imputado por el mismo hecho. De acuerdo con ello, la condena que, en segunda instancia, revocó la absolución dictada en un proceso regular no tiene ningún valor, por afectar la garantía contra el doble juzgamiento contenida en el artículo 8.4 de la CADH.

D. Las reparaciones

Aquí sólo trataremos algunos aspectos.

La sentencia de la Corte IDH condenó al Estado de Argentina, por violación al artículo 8.3.h de la CADH, y, en función de ello, estableció ciertas obligaciones para el Estado.

En primer lugar, le impuso una obligación de imposible cumplimiento. En tal sentido, lo obligó a dos cosas imposibles: 1º) adoptar las medidas necesarias para que, hoy, Mohamed tenga un recurso contra la condena y adoptar las medidas necesarias para que, hasta que Argentina dicte sentencia de fondo (en virtud del recurso que debe garantizar a Mohamed) se suspendan los efectos jurídicos de la condena y, en especial, su registración.

No es posible el cumplimiento de tales obligaciones por la sencilla razón de no existir ya, en los registros de antecedentes, la condena dictada

contra el señor Mohamed. Ello es consecuencia de la disposición legal incorporada al Código Penal Argentino, en el año 1984, en virtud de la cual los antecedentes condenatorios ya no perduran durante toda la vida de la persona, sino que caducan por el transcurso del tiempo. Por haber transcurrido, entonces, los plazos legales de caducidad registral previstos en el artículo 51 del Código Penal, Mohamed no tiene ya condena alguna en sus registros de antecedentes, por lo que mal podría recurrirse una condena inexistente o mal podría suspenderse la registración de una condena que no se encuentra registrada por disposición legal.

Si esto hubiera sido advertido por la Corte IDH, entonces hubiera tratado el planteo de la Comisión IDH y de los representantes de la víctima relativos a la violación al principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la CADH (que no trató por haber impuesto al Estado de Argentina el deber de brindar un recurso amplio contra una condena hoy inexistente).

Por otra parte, la supuesta existencia actual de la condena contra Mohamed la dio por probada (errónea e implícitamente) sin incorporar prueba alguna al respecto, a contrapunto con su decisión de no dar por probada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina que mencionamos en el apartado anterior, relativa a los estándares en materia de prohibición de doble juzgamiento, a pesar de los elementos probatorios que considero abundantes para acreditarlos.

A su vez, la sentencia le impuso al Estado la obligación de publicar el resumen oficial de la sentencia y el texto íntegro de esta última. Igualmente, lo condenó a pagar al señor Mohamed, en carácter de única víctima, una indemnización en dinero (50.000 dólares de los Estados Unidos de América en concepto de daño material e inmaterial y 3.000 dólares del mismo Estado por gastos relacionados con la tramitación del caso ante la Comisión IDH).

Lo que no entiendo compatible con los fundamentos de la sentencia es la falta de imposición al Estado –como medida de no repetición–, de la obligación de prever, en sus distintas legislaciones procesales (nacional y provinciales) un recurso amplio contra la sentencia de condena y, en especial, contra la que se dicte en segunda instancia dejando sin efecto una absolución anterior o aumentando la pena impuesta en una anterior sentencia (aunque una legislación acorde con este fallo debiera, directamente, prohibir el dictado de una primera condena en segunda instancia o de una condena más severa en segunda instancia, debiendo ordenarse el reenvío para que otro tribunal juzgue el caso –al menos mientras la Corte IDH permita el recurso del acusador contra la sentencia absolutoria o contra la condena para lograr una pena mayor, a diferencia del planteo de los representantes de la víctima y de lo que personalmente pienso sobre el tema–).

Tampoco entiendo compatible con el contenido de la sentencia (en cuanto afirma un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el artículo 8.2.h de la Convención) (17), no haber asegurado la no repetición impidiendo que el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina pueda ser empleado para rechazar, sin fundamento, un recurso extraordinario al menos en los casos en los que no se respetó el derecho a interponer un recurso ordinario, accesible, eficaz y amplio contra una condena dictada, por primera vez, en segunda instancia.

Las anteriores apreciaciones se entienden si se repara en que la Corte IDH, en esta sentencia, declaró la responsabilidad internacional del Estado por violar el art.8.2.h en función de los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, el último de los cuales manda a que, cuando el derecho desconocido no estuviere garantizado por disposiciones legales, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos tales derechos, entre las cuales se incluye la obligación de “dejar sin efecto leyes contrarias a la

Convención Americana” o la de “adoptar legislación para proteger derechos consagrados en la Convención Americana”

En suma, la sentencia de la Corte IDH en el Caso Mohamed vs. Argentina, en cuanto condenó al Estado por violación al derecho al recurso previsto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, significó un importante avance en el reconocimiento del contenido de tal potestad del imputado, al reconocer que puede ser ejercido, con toda amplitud, contra la primera condena pronunciada en segunda instancia.

No obstante ello, hubiera sido deseable y necesario que ordenara al Estado la adopción de medidas legislativas encaminadas a evitar la reiteración de violaciones al mismo derecho, como la ocurrida en el presente caso.

Al mismo tiempo, si bien la sentencia obliga al Estado a compensar en dinero los daños materiales e inmateriales y los gastos del proceso, por otro lado le impone obligaciones de imposible cumplimiento (acordar un recurso contra una condena hoy inexistente –sin probar su aceptada existencia), en base a lo cual no trató el reclamo de violación al principio de legalidad penal (producido por una condena por homicidio culposo que cita, como fuente legal de los deberes de cuidado, un decreto ley no vigente al momento del hecho juzgado).

A su vez, la sentencia rechazó el reclamo de violación al ne bis in ídem (que tuvo lugar por haberse condenado a quien había sido antes absuelto en un proceso regular), por entender que es legítimo revocar, en otra instancia del mismo proceso, una sentencia absolutoria –si es recurrida por el acusador–, a pesar de haber sostenido antes, con toda corrección y en opuesto sentido, que el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior es un derecho del imputado o condenado frente al poder punitivo del Estado (y no una prerrogativa de este último en contra del primero).

SUB CAPÍTULO II

POSICIONES ASUMIDAS POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PERÚ

1. Posición asumida por la Corte Suprema de justicia:

- *Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Permanente.*

La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, respecto a la condena del absuelto, ha definido su posición con los siguientes argumentos: Que, el nuevo tratamiento de reforma de la sentencia absolutoria de primera instancia por una de carácter condenatoria, no afecta la denominada garantía de la doble instancia reconocida en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en la medida que, en estricto, lo que se reconoce en dicha norma constitucional es la garantía de la instancia plural, la misma que se satisface estableciendo, como mínimo, la posibilidad en condiciones de igualdad de dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero, además sostiene que la prohibición de la reformatio in peius no funciona en los supuestos en que el contrario hubiera también apelado de la sentencia, pues sobre la sentencia absolutoria, el apelante es el Ministerio Público, cuya pretensión impugnatoria faculta a un pronunciamiento de fondo, que al ejercer un juicio de fundabilidad puede provocar una condena al absuelto en primera instancia.

Para la Sala Constitucional y social de la Corte Suprema, el principio constitucional de la instancia plural trata en definitiva de que la organización del proceso admita la posibilidad que el objeto o pretensión pueda ser discutida ampliamente en dos instancias, a instancia tanto de la parte acusada como acusadora. Por ende el acusado pero también la acusación respecto de su pretensión tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva,

defendiéndose de la acusación durante la primera instancia y luego, ante la apelación presentada por el Fiscal, también podrá hacerlo en segunda instancia, a través de sus alegatos respectivos,

Sostiene además, la referida garantía es reconocida también en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el ad quem sólo pueda absolver al condenado cuando este cuestione la condena, pero no pueda condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso, tal absolución. Así, si tenemos en cuenta la exigencia del principio de igualdad, no existe justificación razonable que permita, de un lado, avalar la posibilidad de una decisión ad quem que revoque y sustituya la condena pero, de otro lado, impedir que ejerza las mismas facultades respecto de la absolución.

La Sala de la Corte Suprema antes aludida, alega además que lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como el literal h) del inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exigen que, en la organización del proceso penal, la parte acusada tenga la posibilidad de discutir la pretensión jurídico penal en su contra ante un órgano jurisdiccional superior y por ende distinto. Sin duda, la institución de la condena del absuelto prevista en la configuración jurídica del recurso de apelación en el nuevo Código Procesal Penal, prevé la posibilidad de hacer uso de este recurso por la parte acusada, consecuentemente, puede recurrir y discutir la pretensión sancionadora de la parte acusadora ante un órgano jurisdiccional superior y distinto; por lo que, el acusado tendrá toda la posibilidad de discutir la pretensión punitiva en dos oportunidades, esto es, tanto ante el juez de primera instancia como ante el de apelación, incluso en el caso de la apelación de una sentencia absolutoria por parte de la parte acusadora. De esta manera, podrá ejercer su derecho de defensa frente a la acusación que se le haga durante la primera instancia y, lo que es lo más importante, podrá también hacerlo en el juicio sobrevenido por el recurso interpuesto por

el Fiscal, en virtud del cual se realizará el juzgamiento en Segunda instancia.

Sostiene además que la condena del absuelto no se afecta a la pluralidad de instancia, toda vez que el doble grado de jurisdicción se cumple cuando por intermedio de la impugnación se somete a un órgano superior la revisión plena del juicio llevado a cabo por el a quo, entendiéndose el termino juicio como aquel ámbito de razonamiento jurídico sobre admisibilidad, procedencia, fundabilidad, subsunción y de garantías efectuadas por el juzgador en su sentencia, que no advierte colisión alguna con el derecho a la instancia plural que consagra la Constitución Política del Estado a través del artículo 139 inciso 6, y las normas de protección internacional de los derechos humanos, referidos en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 4, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente respecto al recurso de casación derivado del análisis de la condena del absuelto alega, que no se ve desnaturalizada, toda vez que se respeta sus características y finalidades, de ese modo se reconoce al mencionado recurso como uno de carácter extraordinario que no implica una instancia, es decir que a través del mismo no se pueden revisar los hechos ni muchos menos abrirse o agregarse prueba, se reconoce asimismo que la Casación tiende a proceder en el Sólo interés de la ley, pudiendo incluso declararse de Oficio.

- *Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia.*

Con motivo de la audiencia Pública para ver el recurso de Casación N° 195-2012 para el desarrollo de la Doctrina Jurisprudencial, respecto al principio de pluralidad de instancias sostiene que La Constitución Política del Estado en su artículo ciento treinta y nueve inciso seis, consagra como principio y derecho a la función jurisdiccional la pluralidad de la instancia. Tal norma está redactada en clave de

principio, esto es, que sus condiciones de aplicación no están expresamente definidas por lo que corresponde al intérprete efectuar un desarrollo de su contenido y que la posibilidad de condena al absuelto en segunda instancia se remitirá a los siguientes supuestos: i) La condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba pericial, documental, preconstruida o anticipada, pues se concibe que estos medios de prueba no exigen imprescindiblemente de inmediación; ii) la condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba personal – que en principio está prohibido -, en razón a la actuación de prueba en segunda instancia que cuestiona su valor probatorio. Aquí la objeción de ausencia de inmediación queda salvada porque en relación con la prueba en segunda instancia el órgano ad quem si tiene inmediación y iii) un tercer supuesto, aunque no está relacionado a la inmediación, sería la condena en segunda instancia debido a la corrección de errores de derecho.

2. Posición de las Salas penales Superiores

2.1 Posición de las Salas Superiores de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

Las Salas Superiores de Apelaciones de la Corte Superior del Distrito Judicial de Arequipa, respecto a la condena del absuelto, plasma su posición respecto de la condena del absuelto en los siguientes argumentos:

La existencia de un juzgamiento en revisión con posibilidad de actuación probatoria de cargo y descargo, habilita a su vez la posibilidad de revocación del fallo impugnado y la emisión de una sentencia de vista en sentido opuesto al que motivó la alzada, sin objeción alguna si se tratara de absolver a quien en primera instancia fue condenado, porque se aplicaría una reformatio in bonus (mellius), perfectamente legal y tolerada por el derecho interno y el fundamental de los derechos humanos.

El hecho inverso, es decir, el tener que condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una *reformatio in peius* que sería legal si existiera un tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación, como lo señala el derecho constitucional nacional y el fundamental de los derechos humanos (Artículo 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Artículo cuatro, catorce y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Artículo 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos).

Para las Salas Superiores de Apelaciones no resulta suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta del recurso de apelación, pues dicho recurso impugnatorio es de carácter extraordinario, que tiene por finalidad el control de la aplicación correcta por los jueces de mérito, del derecho positivo, tanto el sustantivo como el adjetivo. El carácter extraordinario del recurso de casación se debe a lo limitado de sus motivos o causales de procedencia, pero, más aún, a las limitadas resoluciones judiciales contra las que puede interponerse.

Respecto al derecho a la instancia plural, las Salas Superiores Penales de Apelaciones, sostiene que es el fundamento a recurrir razonablemente las resoluciones ante las instancias superiores de revisión final, más aún si se ha reconocido este derecho en la Constitución, en su artículo 139, inciso 6, cuando señala que debe existir la pluralidad de instancia. El recurso no debe tener una nomenclatura determinada, pero debe suponer una revisión integral de la recurrida. El derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del debido proceso, mediante el cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera se permita que lo resuelto por aquel, cuando menos sea objeto de un doble pronunciamiento.

Agrega que en el origen de la institución de la doble instancia subyacen los derechos de impugnación y contradicción. En efecto la garantía del derecho de impugnación y la posibilidad de controvertir una decisión, exigen la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente e imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa, sea porque los interesados interpusieron el recurso de apelación o resulta forzosa la consulta.

Sostiene además que el principio de pluralidad de instancias permite hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, ya que este por su esencia, implica la posibilidad del afectado de solicitarle al juez o autoridad competente la protección y restablecimiento de los derechos consagrados en la Constitución y la ley. Así mismo, la doble instancia tiene una relación estrecha con el derecho de defensa, ya que a través del establecimiento de un mecanismo idóneo y efectivo para asegurar la recta administración de justicia, garantiza la protección de los derechos e intereses de quienes acceden al aparato estatal.

Alega además que en la jurisdicción fundamental internacional, respecto a la condena del absuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó en el caso Mauricio Herrera, el 2 de julio de 2004. Que Costa Rica reformara en un plazo razonable la regulación sobre la casación, ya que la vigente no garantizaba en forma suficiente el derecho a recurrir (a apelar). Que la ausencia de un tribunal supremo para conocer de estas impugnaciones, independientemente de la dimensión de la sanción impuesta, coloca al que resultara recientemente condenado en la desventaja de no contar con un juicio de apelación (con actuación probatoria) sino solo de un recurso de casación, opción importante, pero desigual en relación a aquel que condenado en primera instancia, se defiende la condena en la segunda y si fuera ratificada su condena en el juicio de apelación, tendría –si la

dimensión de la sanción lo permite- derecho a ejercitar un recurso casatorio.

En síntesis sostiene que a quien se le aplica la reforma peyorativa resulta: a) condenado en instancia única (la segunda), dado que precedentemente fue absuelto, b) sin posibilidad de un juicio oral, público y contradictorio de revisión de la condena, y c) con la única posibilidad –además tasada- de ejercer un recurso de casación (que no es un juicio de mérito), ello no concuerda con el derecho fundamental, en especial el de todo condenado a contar con una instancia diferente y superior para la revisión –dentro de los marcos de la ley local. El legislador del D. Leg. 957 ha dado un paso importante al expulsar la posibilidad de la reforma peyorativa sin juzgamiento que antaño se decidía en los estrados judiciales de revisión, dando lugar al debido ejercicio del derecho de defensa al absuelto, pero, ha omitido el considerar una instancia superior que bajo las mismas reglas para toda impugnación de sentencia de condena, asuma la revisión (para honrar el derecho a la instancia judicial plural), con lo que coloca al tribunal superior en la imposibilidad de adoptar una decisión de tal orden y deja solo la opción de la anulación.

Finalmente las Salas Superiores Penales de Apelaciones de Arequipa, al considerar que lo dispuesto en el artículo 425 3b del Código Procesal Penal colisiona con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución y las normas de protección internacional de Derechos Humanos haciendo control difuso, opta por inaplicar dicho artículo.

2.2 Posición de la Corte Superior de Justicia de la Libertad.

Las Salas Superiores Penales de Apelaciones de la Libertad en el caso del condenado precedentemente absuelto han adoptado por un criterio unánime al declarar la nulidad de la sentencia absolutoria, resaltando como principales argumentos los siguientes:

Que la prescripción contenida en los artículos 419, inc. 2 y 425 inciso 3 literal b) por la cual se faculta a la Sala Penal Superior a revocar la sentencia absolutoria por una condenatoria, desde una interpretación constitucional, no resulta compatible con el derecho a la doble instancia que tiene el imputado, por ello, existiendo nueva prueba de cargo que ponen en cuestión los fundamentos de la sentencia absolutoria de primera instancia, y siendo garantía de la administración de justicia, la expedición de resoluciones fundadas en hechos y derecho, en aplicación de lo previsto en el artículo 150 inciso d) del Código Procesal Penal, debe disponerse su nulidad y la realización de un nuevo juicio oral,

En otras resoluciones finales se remite al Control Difuso de convencionalidad instituido por la Corte Interamericana de DD HH, el cual establece como obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, con las normas contenidas en la Convención Americana.

Del mismo modo se remite al Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso No. 11.618 Oscar Alberto Mohamed Vs Argentina, del 13 de abril de 2011, el que se pronuncia sobre el caso de la condena en segunda instancia, luego que fuera absuelto en primera instancia. En este informe se afirma que es derecho de toda persona acusada de un delito a tener derecho a un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la sentencia condenatoria en cumplimiento del artículo 8.2.h de la Convención Americana. Por tanto, se viola este derecho cuando se condena en segunda instancia, al que fue absuelto en la primera, pues no se le permite, a través de un recurso extraordinario o de casación, a revisar la condena de forma amplia, es decir, revisar los hechos, las pruebas y el derecho. En el fundamento 107 del Informe, la Comisión sostiene que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y,

por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sostiene además que en esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

SUB CAPITULO III

EFFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 419, INC. 2 Y 425, INCISO 3 LITERAL B DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Primero: Violación al principio de imparcialidad.

El Título Preliminar constituye un conjunto de normas jurídicas con rango de ley y sus disposiciones tienen vocación de normar a todo el sistema jurídico; estas normas son de primera importancia por la preeminencia que tienen dentro de todo el ordenamiento jurídico objeto de regulación, actuando por su contenido de fondo, como una especie de instancia intermedia entre la constitución del Estado y el resto de normas jurídicas del cuerpo normativo que regula; ello porque contiene principios, derechos y disposiciones de alcance general, que sirven de causas o fuente de interpretación para el cuerpo normativo del que forma parte; sin dejar de mencionar que es a partir de las normas y principios que se va construyendo y redefiniendo el armazón de cada derecho nacional.

El Nuevo Código Procesal Penal cuenta con un Título Preliminar, que contiene diez artículos, en los cuales se puede apreciar que recogen una serie de principios, derechos y garantías que irradian y constituyen la base o armazón del sistema acusatorio con tendencia adversarial, y que a la vez sirven de causas, fuentes o criterios de interpretación para las normas contenidas en dicho cuerpo legal.

El Título Preliminar reconoce que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio; sin embargo no se agota solo en ellos; y esto es así, por cuanto el proceso penal también tiene como finalidad, materializar la imparcialidad y la igualdad procesal durante la tramitación de la causa penal, por cuya razón en el artículo I, inciso 1, del título preliminar se establece que:“(…) La administración de justicia se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes”; pero, se pone en cuestionamiento el principio de imparcialidad cuando en segunda instancia es el mismo Ad quem quien realiza la calificación de admisibilidad y admite el nuevo medio probatorio, que a la postre tendrá que ser el mismo Órgano Jurisdiccional que va a valorar a efectos de determinar si confirma o revoca la resolución

recurrida; en tal sentido, el hecho de que sea el mismo órgano jurisdiccional el que tenga que admitir los medios de prueba que luego tendrá que valorar, implica en sí una manera muy grotesca de soslayar el principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

Por lo tanto, si en segunda instancia, se pueden admitir nuevos medios probatorios que a futuro van a servir para sustentar una potencial sentencia condenatoria, y dichos medios de prueba serán calificados y admitidos por el mismo órgano jurisdiccional que sentenciará, entonces en forma evidente se conculcaría uno de los principios más importantes del proceso penal, como lo es, el principio de imparcialidad judicial, por cuanto el Ad quem al realizar la calificación, necesariamente se pondrá en relación directa con los actuados, con la teoría del caso del oferente; esto es, El Ministerio Público o actor civil y con los medios de prueba a admitir, contaminándose así con lo que a servir de sustento en su decisión y es más va a emitir un pronunciamiento previo sobre la conducencia, utilidad o pertinencia de la prueba, generándose una cierta convicción subjetiva sobre los hechos.

Segundo: Violación al principio de igualdad de armas.

El principio de igualdad de armas que como hemos visto, es una proyección del genérico principio de igualdad, hay que estimarlo vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna o bien el legislador, o bien el propio órgano jurisdiccional crea posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones en el desarrollo del proceso penal Este principio, siendo un principio esencial en un sistema acusatorio adversarial cuyo desarrollo depende de las partes y en el que la imparcialidad del juez está garantizada; es aquel donde se nota con nitidez la neutralidad al punto que no puede disponer de oficio la realización del proceso, ni la realización de pruebas, salvo las excepciones previstas en la ley.

Nuestro ordenamiento jurídico procesal impone al Órgano Jurisdiccional la obligación de allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia; en efecto, si como se ha establecido, la condena del absuelto le impide al

condenado en segunda instancia, interponer un recurso ordinario como es el de apelación, siendo esta condena en rigor la primera para él, la consecuencia indefectiblemente viene a ser la vulneración del derecho a la igualdad de armas de la cual goza el absuelto-condenado en segunda instancia; toda vez que, los otros sujetos procesales como el Ministerio Público que sí hicieron valer su derecho a la doble instancia de acuerdo a ley, como es el Ministerio Público impugnando la resolución absolutoria de primera instancia por cuanto considera que le ha causado agravio, ello no ocurre con el imputado a quien le revocan la sentencia absolutoria en segunda instancia, y que solo le queda como alternativa interponer un recurso de carácter extraordinario, tasado y limitado, como es el recurso de casación, quedando así vulnerada la garantía constitucional de la doble instancia, pues como queda claro tan solo se permite para los sujetos recurrentes de la sentencia absolutoria, y no para el imputado que es condenado recién en segunda instancia, negándole la posibilidad de un examen de fondo respecto de las pruebas actuadas en segunda instancia y garantizar con ello un doble conforme como garantía de una eficaz administración de justicia, vulnerando de este modo este principio procesal penal.

Tercero: Trascresión al derecho *de defensa*.

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso y que toda persona sea informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención, a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado de procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala, si bien no se menciona de manera expresa, es innegable que el derecho a interponer recursos también es uno que forma parte del derecho de defensa; así, no debemos olvidar que en el fondo cuando las partes procesales interponen recursos, al margen de manifestar argumentos de disconformidad y expresar el agravio, lo que en realidad hacen es defenderse de algún acto o resolución judicial que les está causando perjuicio; en consecuencia, el imputado en virtud

del derecho de defensa, también tiene derecho a defenderse de una sentencia condenatoria expedida en segunda instancia y que en rigor constituye la primera sentencia y única que le está causando agravio, pues si se tiene en cuenta que uno de los fundamentos existenciales de los medios impugnatorios es la falibilidad humana, resulta absurdo pensar que el Ad quem por ser tal, no se pueda equivocar, en tal sentido siendo coherentes con nuestros derechos constitucionales y de modo específico con el derecho de defensa, el imputado absuelto en primera instancia y condenado en segunda instancia en mérito a un recurso de apelación debería tener la posibilidad de ejercer su derecho de defensa ante una instancia que revise su primera condena; sin embargo al negarle la posibilidad de impugnar, rechazar y defenderse de una sentencia condenatoria a nivel de segunda instancia, en donde tenga que analizarse no solo el derecho sino también los hechos y las pruebas constituye una flagrante violación al derecho de defensa.

Es, más si se tiene en cuenta que otro de los componentes del derecho de defensa lo constituye el derecho de contradicción y, si realmente se quiere alcanzar estándares de “eficacia”, en el ejercicio del derecho de defensa por parte del abogado, su actividad debe estar imbuida de contradicción, en el sentido material de realizar actos tendientes a contradecir el contenido de la imputación en la forma que esta haya adoptado (formalización, acusación, sentencia condenatoria, etc.), pues una defensa técnica que no ejercite la contradicción, solo se limitará hacer una defensa simbólica, pero jamás llegará a ser una defensa técnica eficaz en favor de su patrocinado; además debe entenderse que el principio de contradicción permite manifestar el desacuerdo con la decisiones que le son desfavorables a la parte, con el objetivo de que esta sea analizada nuevamente, o bien por el mismo funcionario o por otro de superior jerarquía. En tal sentido al no permitirle al imputado absuelto, condenado en segunda instancia a impugnar la sentencia condenatoria y permitirle ejercer su derecho de contradicción de los hechos y pruebas que se puedan aportar en segunda instancia, se está vulnerando el derecho de contradicción como parte del derecho de defensa.

Otro aspecto fundamental que atañe al derecho de defensa lo constituye el ofrecimiento de pruebas, este derecho se ve vulnerado cuando según nuestro ordenamiento procesal penal, a los sujetos procesales solo pueden admitirle, las pruebas que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y, los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él; sin embargo, analizando la parte operativa de este nuevo sistema, vemos realmente que, en los casos donde el Ministerio Público ofrezca prueba de cargo durante el plazo de los cinco días, el imputado por lo escaso del plazo, se verá materialmente imposibilitado de poder ofrecer los medios de prueba de descargo que le favorezcan a su teoría del caso; el tema se agrava si es que el ofrecimiento del Ministerio Público lo realiza el quinto día, ante lo cual el imputado simplemente no tendrá ninguna opción. El cuestionamiento aquí es respecto a que en dicho trámite no existe una etapa de control respecto de dichos medios de prueba, por lo que, los sujetos procesales pueden ofrecer prueba pero no pueden controlar la misma debido a la inexistencia de mecanismos de control, quedando dicha admisibilidad a la potestad discrecional de la sala de apelaciones, máxime si la misma norma señala que la resolución que se pronuncia sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios de prueba es inimpugnable; es decir, los sujetos procesales y en particular el imputado se encuentran frente a una resolución jurídicamente inatacable y por lo tanto afectado en su derecho de defensa.

Cuarto: Vulneración al principio de pluralidad de instancias.

La condena del absuelto contraviene la disposición constitucional de pluralidad de instancias, al establecer la limitación al imputado que es condenado por primera vez en vía de apelación, al no poder impugnar de la sentencia condenatoria y tener la posibilidad de que la sentencia que le causa agravio pueda ser revisada tanto en los hechos, pruebas y el derecho, esta afirmación se sustenta en tres aspectos: a) la *ratio legis*; Al dejar desprovisto al imputado condenado por primera vez en segunda instancia del derecho a impugnar, no responde ni a la naturaleza ni al contenido que el legislador de la Constitución de 1933 buscó al considerar la garantía de la pluralidad de instancias. Tal es

así que las afirmaciones que constituyeron la motivación de la norma – pluralidad de instancia-, está constituida por los son las siguientes fundamentos: i. Que pluralidad de instancias, supone siempre la regulación de una instancia superior; ii. Que pluralidad de instancias, representa básicamente, doble instancia; iii. Que la Casación debe ser tenida como vía excepcional; y iv. Que la impugnación responde a un derecho del justiciable, en virtud de la falibilidad humana de los magistrados. Además para aquel entonces, ni el Código de Procedimientos Penales, ni cualquier otra norma de carácter procesal penal, regulaba la posibilidad de condenar en segunda instancia al absuelto, de manera que la doble instancia era vista solo como medio de confirmación del fallo de primera instancia, pero no como oportunidad para la revocatoria de la absolución. b).- En cuanto al contenido constitucional, la Constitución de 1993, generó una evidente conexión entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia, de modo que, cuando se limita el derecho a impugnar del condenado por primera vez en segunda instancia, arguyendo que nuestro sistema ha cumplido con el derecho a la doble instancia, en realidad se está echando mano de un tecnicismo jurídico, para enmascarar la vulneración de este principio, al no permitir al imputado la revisión de su primera condena. c).- Porque según El Tribunal Constitucional, la pluralidad de instancias se satisface con la doble instancia, cuando se garantiza a los justiciables, en la sustanciación de un proceso cualquiera sea su naturaleza, la posibilidad de recurrir las resoluciones judiciales que les causan agravio, ante una autoridad jurisdiccional superior. Sin embargo con la primera condena del absuelto no se permite hacer ejercicio del principio de la pluralidad de instancias para satisfacer las exigencias del máximo Tribunal Constitucional.

Quinto: Vulneración al principio de inmediación

Frente a una posición extrema que en virtud del principio de inmediación y oralidad niega la posibilidad de la segunda instancia, se aprecia en la doctrina una segunda posición que en principio no niega la segunda instancia penal, sino por el contrario la afirma, aunque simultáneamente considera a la inmediación y la oralidad como esenciales para la decisión judicial, sin que ello implique radicalizar sus exigencias. Concretamente en España, luego que se

mantuvo dominante una doctrina que afirmaba la plena capacidad de los jueces de segunda instancia, al igual que los de primera[10], para valorar los medios de prueba que habían sido actuados ante el a quo, respecto a los cuales evidentemente no tenían inmediación, y para corregir la sentencia impugnada con la posibilidad de condenar al absuelto en primera instancia, el Tribunal Constitucional sentó una nueva doctrina al otorgar un amparo y revocar la sentencia dictada en apelación porque la audiencia provincial en dicho trance había valorado, sin inmediación, las mismas pruebas que había llevado al juez penal a absolver.

De esta manera puede afirmarse que “la principal consecuencia de esta doctrina consiste en que los tribunales de apelación deben aceptar que sus facultades de revisión fáctica en contra del reo son limitadas, y que no pueden suplantar la valoración de las pruebas realizada por el juzgador de instancia, cuando por la índole de estas pruebas su valoración exige la inmediación y la contradicción”. Para ser más explícitos, las consecuencias de esta doctrina del Tribunal Constitucional español pueden concretarse en los siguientes puntos:

- La exigencia de inmediación y oralidad también cobra pleno sentido en la segunda instancia penal.
- Estando en segunda instancia no es posible valorar la prueba practicada ante el a quo analizando los datos escritos del proceso, sin distinguir entre los medios de prueba; es decir, no basta con que pueda “leer” las pruebas conforme consten en las actas de juicio oral.
- El órgano de apelación también necesita “ver” y “oír” los medios de prueba, en atención a su naturaleza.

A la vista de lo expuesto podría concluirse alternativamente lo siguiente:

- Que, si el órgano ad quem decide modificar la valoración probatoria del juez de primera instancia, debe ubicarse en la misma posición que este, es decir, en inmediación con la actividad probatoria personal, lo que en buena cuenta implicaría

- repetir esta prueba en segunda instancia a efectos de que pueda “ver” y “oír” su actuación; o
- Que, el órgano ad quem no pueda modificar la valoración de medios de prueba en las que la inmediación es esencial, dado que no le está permitido repetir su actuación.

Veamos entonces, la opción adoptada por el legislador de nuestro Código Procesal Penal de 2004.

El legislador peruano al parecer más inclinado a concebir la apelación, por ende la segunda instancia, como la oportunidad de revisar lo resuelto por el juez inferior, y cuidadoso de no lesionar el principio de inmediación, ha decidido impedir que se modifique el valor probatorio de la prueba de primera instancia apreciada con inmediación; así, textualmente establece lo siguiente:

“La sala penal superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La sala penal superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia”.

Ciertamente la opción legislativa adoptada significa una revolución en la concepción que se tenía sobre el recurso de apelación y la segunda instancia. Siempre habíamos concebido que a través de este recurso era posible cuestionar la valoración de cualquier medio de prueba actuado, a efectos de que el superior con mejor criterio vuelva a valorarlos y se decida por la opción que la parte recurrente propone. La nueva regulación importa una limitación al derecho a los recursos de las partes, pues, si bien puede presentarse un recurso contra una sentencia, en principio no se podrá cuestionar la valoración de la prueba personal, precisamente porque esta requiere inmediación, de la que carece el órgano ad quem.

Es cierto que se trata de compatibilizar la capacidad de decisión del juez de segunda instancia con el principio de inmediación, dado que en la práctica esta desaparecía; pero es evidente que tal doctrina requiere cambiar nuestros paradigmas sobre el recurso de apelación y segunda instancia, no hasta

identificarla con una apelación que implique un nuevo enjuiciamiento, pero, tampoco puede mantenerse el tradicional modelo de apelación como revisión de lo resuelto y con facultad plena del juez ad quem de corregir errores de valoración probatoria y de aplicación de la ley. De cualquier forma, cabe reconocer, que si bien el órgano ad quem tiene facultades para resolver cuantas cuestiones se le planteen, tanto de hecho como de Derecho, especialmente en lo atinente a la declaración de los hechos probados, en la práctica, oralidad e inmediación siguen erigiéndose, aún hoy en día, como principales obstáculos que dificultan la eficacia y la funcionalidad de la segunda instancia penal.

Estando a lo prescrito por los artículos 419, inc. 2 y 425.2 del Código Procesal Penal, y considerando que el legislador se decantó por la tutela de la inmediación, que queda reflejada en el impedimento de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el a quo, la posibilidad de condena en segunda instancia se remitiría a los siguientes supuestos:

- La condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba pericial, documental, preconstituida o anticipada, pues se concibe que estos medios de prueba no exigen imprescindiblemente de inmediación.
- La condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba personal (que en principio está prohibido), en razón a la actuación de prueba en segunda instancia que cuestiona su valor probatorio. Aquí, la objeción de ausencia de inmediación queda salvada porque en relación con la prueba en segunda instancia el órgano ad quem sí tiene inmediación.
- Un tercer supuesto, que no es precisamente objeto de nuestra atención y que no está relacionado a la inmediación, sería la condena en segunda instancia debido a la corrección de errores de Derecho.

Algunas apreciaciones críticas sobre la condena en segunda instancia

Desde nuestra perspectiva el punto más conflictivo se presenta cuando la condena en segunda instancia se debe al cambio del valor probatorio de una prueba personal debido a la actuación de prueba en esta instancia.

Dijimos líneas arriba que en principio no podría cuestionarse la valoración de la prueba personal, no obstante, si el cuestionamiento se fundamenta en la prueba actuada en segunda instancia, el juez ad quem estará facultado para cambiar el valor probatorio de aquella. Sin embargo, en un sistema de apelación donde esta se concibe como medio que permite la revisión de lo resuelto a efectos de corregir los errores producto de la falibilidad humana, la actuación de pruebas en segunda instancia resulta absolutamente contradictoria, dado que con relación a ella se producirá una primera valoración, que a su vez exigiría una revisión, pero que en todo caso ya no sería posible porque se está en segunda instancia.

De esta manera, parece que la preocupación por mantener incólume el principio de inmediación, hizo que se perdiera de vista que el recurso de apelación, culturalmente, se concibe como el medio que permite revisar las sentencias por adolecer de errores en la fijación de hechos probados (valoración probatoria) o en la aplicación del Derecho. El valor de la doble instancia consiste en la garantía contra la ilegalidad, la arbitrariedad, el abuso o el error judicial, y si bien el juez de segunda instancia no asegura infalibilidad, la conciencia jurídica ha determinado, así lo creemos, que las decisiones sean más legítimas (confiables) cuando han sido revisadas o al menos se ha tenido esa posibilidad.

Ciertamente podrá salirse al paso de las críticas alegando que la apelación no debe concebirse como una revisión de lo resuelto en virtud de errores o vicios que corregir, sino como la oportunidad de una nueva decisión, como el mecanismo o medio procesal que permite que otro juez (superior) conozca la causa y emita una decisión, siendo esta la que prevalezca; que el haber mantenido una determinada concepción no debe impedir revisarla y aceptar eventualmente su modificación; sin embargo, tenemos el convencimiento de que este modelo de apelación debería establecer específicas excepciones, que según vemos podrían ser:

- Que no se pueda condenar al absuelto en segunda instancia, o

- Que la persona condenada en segunda instancia tenga la oportunidad de cuestionar esta decisión, sobre todo con relación al cambio de la valoración probatoria.

SUB CAPITULO IV

Posición del investigador respecto de la condena del absuelto en el Nuevo Código Procesal Penal.

Antes de sentar nuestra posición es conveniente sintetizar tanto los argumentos empleados por quienes la defienden como por quienes la critican desde la posición a favor de la condena del absuelto, se afirma que esta regulación no vulnera ni el principio de inmediación, ni el derecho de defensa, y mucho menos, otras manifestaciones del Debido Proceso, por cuanto:

- a) La condena del ad quem se basa en lo actuado en la audiencia de apelación, que en los hechos sería como una suerte de juicio oral abreviado; y
- b) Este nuevo pronunciamiento no afectaría el derecho a la pluralidad de instancias del procesado, en la medida que también se encuentra regulada la Casación.

Sin embargo, desde una postura contraria a la actual regulación del CPP, en lo que a la condena en segunda instancia se refiere, sostienen que las afectaciones al procesado se producen en las dimensiones que, precisamente, son mencionadas como parte del argumento para legitimar esta institución.

- a) El CPP presenta distintos errores que reflejan deficiencias de técnica legislativa, desconocimiento o confusión sobre los principios y características de los sistemas procesales y poca claridad sobre el sistema de apelación adoptado por el Código. Estos elementos tornan inviable la realización de un procedimiento de ofrecimiento, admisión y valoración de prueba, conforme a los estándares del juicio oral; como imposibilitan además, el normal funcionamiento de la audiencia, conforme a un modelo acusatorio.
- b) Asimismo, limitan de manera drástica el derecho al recurso del procesado, menoscabando directamente el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en la medida que la condena del absuelto es la primera condena. Es decir, es el primer fallo en causar agravio al imputado.

Para el investigador, la condena del absuelto previsto en el artículo 419 inciso 2 y en el inciso 3b del artículo 425 del Nuevo Código Procesal Penal, constituye una flagrante violación a nuestro ordenamiento constitucional, pues trasgrede

el principio de pluralidad de instancias consagrado en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución, dicha posición lo considera en los siguientes argumentos.

Nuestra Constitución en la cuarta disposición final y transitoria establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidas en nuestro ordenamiento constitucional se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, ello significa que constitucionalmente nos encontramos ante un mandato imperativo del cómo no solo debe interpretarse los derechos humanos sino también de cómo regularse los mismos, lo cual implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito; en tal sentido estamos obligados a dar normas en forma coherente no solo con nuestra constitución sino también con lo normado y resuelto por los tratados internacionales que el Perú ha suscrito.

Por ello considero que la pluralidad de instancias al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consiste en el derecho a una revisión del fallo por parte de un tribunal superior, independientemente de la etapa en que este se produzca, y respecto a la condena del absuelto que toda persona condenada, aun en segunda instancia tras la absolución en primera instancia, tiene derecho a solicitar una revisión de cuestiones de diverso orden y a que las mismas sean analizadas por el tribunal jerárquico que ejerce la revisión, precisamente con el objeto de corregir posibles errores de interpretación, de valoración de pruebas o de análisis jurídico, además el recurso contra la sentencia condenatoria debe respetar las garantías procesales mínimas para resolver los agravios planteados por el recurrente.

Lo dispuesto en los artículos 419, inc. 2 y 425 3b de nuestro ordenamiento procesal penal, específicamente en la parte que establecen “... *Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria...*”, colisiona con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución (principio de pluralidad de instancias), por cuanto en la legislación ordinaria nacional no permite que, quien ha sido afectado con una sentencia

condenatoria en segunda instancia, que fue absuelto en primera instancia pueda interponer un recurso impugnatoria eficaz, que permita analizar los hechos las pruebas y el derecho, pues la única posibilidad que tiene de interponer un recurso impugnatorio contra dicha sentencia es el recurso extraordinario de casación, el mismo que no es un recurso ordinario, accesible y eficaz y no permite revisar los hechos ni muchos menos abrirse o agregarse prueba en los términos que establece la Convención Americana del cual el Perú forma parte. Así ha quedado establecido por la Sala Penal Permanente en la Casación N° 10-2013-Arequipa, de fecha 10 de mayo de 2013, en la que la sala casatoria, no es segunda instancia de apelación, sino una instancia de supervisión (Anexo 01)

Igualmente, el tratamiento jurídico que se da a la condena del absuelto en el Nuevo Código Procesal Penal Colisiona con lo dispuesto en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuanto en este tratado se establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley; tal es así que a partir de esta norma, el Comité del Pacto ha sido claro al establecer que lo dispuesto en el artículo 14.5 no puede estar sujeto a limitaciones o excepciones. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el derecho a la pluralidad de instancias reconocido en la Constitución y el recurso de apelación es el medio impugnatorio por excelencia, debido a la amplia libertad de acceso a éste, ello porque frente al posible error judicial por parte del *Juez Ad Quo* en la emisión de sus resoluciones, surge el recurso de apelación con el propósito de remediar dicho error llevado a cabo ante el *Juez Ad Quem*, quien va a realizar un análisis fáctico y jurídico sobre la resolución impugnada. En este sentido comparto el criterio adoptado por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y por La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido que, al imponer una condena al imputado que ha sido absuelto en primera instancia, constituye un procedimiento que deja al condenado desprovisto de un recurso contra la condena, por ser ésta en sí la primera que le causa agravio.

I

CONCLUSIONES



CONCLUSIONES

Primero: Los países europeos como Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Luxemburgo, Mónaco, Países bajos, Noruega, España, Francia y Suiza han adoptado la posición de condenar al absuelto en su ordenamiento jurídico interno, porque han generado las reservas al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ello guarda coherencia con el Protocolo N° 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que han suscrito en el cual se establecen varias excepciones, dentro de ellas cuando el interesado haya sido Juzgado en primera Instancia por la jurisdicción suprema o haya sido declarado culpable y condenado como resultado de un recurso contra su absolución.

Segundo: El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, establece que la garantía de la pluralidad de instancias no tiene excepción alguna, que siempre debe haber una revisión del fallo a la condena por un tribunal superior y que dicha garantía se entiende vulnerada cuando a) la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva; b) cuando existe una condena impuesta en segunda instancia a una persona absuelta en primera instancia, sin que exista la posibilidad de revisar el fallo como en el que contiene los artículos 419 inc. 2 y 425.3b del Código Procesal Penal; y c) cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia.

Tercero: La Convención Americana de Derechos Humanos a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido los criterios rectores de lo que constituye el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, plasmado en el artículo 8.2.h de la Convención; esto es, que los Estados Parte, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado que permita la posibilidad que el órgano jurisdiccional superior analice cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas.

Cuarto: La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República del Perú, ha adoptado una opinión contraria a lo establecido por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos respecto a la condena del absuelto, sosteniendo lo siguiente: Que, el principio constitucional de la instancia plural admite la posibilidad que el objeto o pretensión pueda ser discutida ampliamente en dos instancias, por ende el acusado respecto tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva, defendiéndose de la acusación durante la primera instancia y luego, ante la apelación presentada por el Fiscal, también podrá hacerlo en segunda instancia; que tanto el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como el literal h del inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exigen que, la parte acusada tenga la posibilidad de discutir la pretensión jurídico penal en su contra ante un órgano jurisdiccional superior y por ende distinto, en consecuencia lo dispuesto en los artículos 419 inc. 2 y 425 3b del Código Procesal Penal no viola la garantía de la pluralidad de instancias.

Quinto: Las Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superiores de Justicia de la Libertad, ante el controvertido tema de la condena del absuelto y guardando la coherencia con las normas de protección internacional de los Derechos Humanos y con lo dispuesto en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, en salvaguarda del derecho del condenado por primera vez en segunda instancia a que su sentencia condenatoria sea revisada por dos Órganos Jurisdiccionales distintos han adoptado por una fórmula que remite al mecanismo sostenido en el Código de Procedimientos Penales en el artículo y por lo tanto declarar nula la sentencia, direccionando de alguna forma para que el Ad quo tenga que tomar en cuenta al momento de expedir la sentencia correspondiente.

Sexto: La existencia de una segunda instancia frente a una sentencia absolutoria no da lugar a un proceso autónomo en el que se repita de manera íntegra y total el proceso penal, sino que se trata de la oportunidad prevista por el legislador para que el superior jerárquico controle la corrección de la decisión adoptada en primera instancia. Se trata no de un nuevo proceso penal en el que deba repetirse íntegramente la acusación y la defensa, sino de la continuación del proceso en una instancia de control que se ha previsto como

garantía interna orientada a obtener una decisión justa, siendo por consiguiente la expresión de una unidad procesal que solo culmina con la emisión de un pronunciamiento definitivo, razón por la cual no cabe afirmar que equivale a someter al procesado a un nuevo proceso sobre los mismos hechos.

Séptimo: La aplicación de los efectos de los artículos 419 inc. 2 y 425, inciso 3 literal b del Nuevo Código Procesal Penal, vulnera los principios de imparcialidad, igualdad de armas, derecho de defensa pluralidad de instancias e inmediatez.



RECOMENDACIONES

RECOMENDACIONES

Primero: Generar espacios de dialogo en el ámbito académico, como en los operadores del Derecho penal y procesal penal, en los que se problematice la necesidad de que tanto en el ámbito requirente, de la defensa, como en los pronunciamientos jurisdiccionales, en los procesos judiciales, se invoque los criterios orientadores de respeto a los principios procesales penales y constitucionales al momento de aplicar los artículos 419 inciso 2 y 425 inc. 3 literal b del Nuevo Código Procesal Penal

Segundo: Optimizar y/o modernizar los sistemas de control y registro de los procesos penales que hayan ingresado el sistema judicial a nivel nacional, que permita conocer con exactitud, en los distintos Distritos judiciales, la existencia de sentencias absolutorias que hayan sido apeladas y sus resultados en la sentencias emitidas en segunda instancia.

A photograph of legal symbols on a wooden surface. In the center is a pair of brass scales of justice. In the foreground, a wooden gavel with a metal head lies horizontally. To the right of the gavel, a stack of several law books with colorful spines is visible. The background is a warm, brown wooden surface.

SUGERENCIAS

SUGERENCIAS LEGISLATIVAS

Primero: Con el propósito que nuestra legislación guarde coherencia entre la legislación interna respecto al tratamiento del condenado absuelto en primera instancia, con las normas de protección internacional de los derechos humanos (Art. 10 y 11 DUDH; Art. 4, 14 y 15 PIDC, Art. 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos), se sugiere la modificación de los siguientes artículos del Código Procesal Penal:

TEXTOS ACTUALES:

Artículo 419 Facultades de la Sala Penal Superior.

2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria.

Artículo 425 Sentencia de Segunda Instancia.-

3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede:

b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.

TEXTOS SUGERIDOS

Artículo 419 Facultades de la Sala Penal Superior

2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria, **contra esta sentencia procede recurso de apelación conforme a lo dispuesto en el artículo 425**

Artículo 425 Sentencia de Segunda Instancia.- La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede:

b.- Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. **Contra la sentencia condenatoria excepcionalmente procede el recurso de apelación por imputado ante la Sala Penal Especial. En este caso la Sala Penal de la Corte Suprema designará, entre sus miembros, a tres vocales menos antiguos que conformarán la Sala Penal Especial, que se encargará de resolver el recurso de apelación, contra esta decisión no procede recurso alguno.** Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.

A golden scale of justice, a wooden gavel, and a stack of law books on a wooden surface. The scale is in the background, the gavel is in the foreground, and the books are stacked to the right. The text is centered over the scale.

REFERENCIAS
BIBLIOGRÁFICAS

MATERIALIZADAS

Avalos Rodriguez, Carlos y Robles Briceño, Mery. (2005). *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema en Dialogo con la Gaceta Juridica* . Lima: 1 era Gaceta Jurídica.

Conde Pumpido Tourón, C. (2004). *El derecho a la doble instancia penal. Presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fácticas en las sentencias de apelación penal*. Madrid: Cuadernos de derecho Judicial, XV-2003, Consejo general del Poder Judicial.

Cubas Villanueva, Victor, Doig Diaz, Yolanda y Quispe Farfan Fany Soledad. (2005). *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Palestra Editores.

De La Cruz Espejo. (Junio 2007). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Pag. 287.

DePalma, D. A. (2002). *Practica Metodologica de la Investigación Jurídica*. Buenos Aires: ASTREA.

Doig Diaz, Y. (2005). *El recurso de apelación contra sentencias en el nuevo proceso penal*. Lima: Palestra Editores.

Fejarroli, L. (1996). *Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*". En: *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires.

García Calvo y Montiel, R. (2003). *El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediatez. A propósito de la STC 167/2002*". En: *Constitución y Garantías Penales*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial XV.

Garcia Caverro, P. (s.f.). *Lecciones de Derecho penal, Parte general*. Grijley.

García Rada. (1984). *Manual de derecho procesal penal*. Lima: EDDILI.

Huertas Martín, M. I. (1999). *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona: J.M Bosch Edito.

Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal- Parte Especial*. Lima: 3° ed. Grijley.

Lachira Saenz, C. A. (2006). *Metodos y tecnicas de investigación jurídica*. Lima: Ara Editores.

Llorente Sánchez, A. (2000). *La prueba en la apelacion de sentencias penal del proceso penal abreviado*. JM Bosch editor.

Maier, J. B. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Tomo I Pag. 705.

Miranda Estrampes. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: J.M Bosch editor.

Mixan Mass, F. (1994). *Juicio oral*. Trujillo: Marsol.

Moisset de Espanés, L. (2006). *La Investigación en las ciencias jurídicas*. Lima: 2° Ed. Ara Editores.

Montero Aroca, J. (s.f.). *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Neyra Flores. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Técnicas de litigación oral*. Lima: IDEMSA.

ORE GUARDIA, A. (lunes 14 de junio 2004). Panorama del Procesal Penal Peruano. *Suplemento Analisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1 N° 04*.

ortells ramos Manuel, Gomez Colmer Juan Luis, Monton Redondo, Alberto, Montero Aroca, Juan. (1991). *Derecho Jurisdiccional J.M* . Barcelona: Bosch Editor- Tomo II, Proceso Penal, Pag. 411.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2008). *Manual de Derecho Procesal Penal. Teoría, Practica y Jurisprudencia*. Lima: Editorial RODHAS.

Rosas Yataco, J. D. (Mayo 2009.). *ERECHO PROCESAL PENAL con aplicación a Nuevo Proceso Penal*. Lima-Perú.: JURISTA EDITORES Pag. 670.

Roxin Claus. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

San Martin Castro, C. (2012). *ESTUDIO DE DERECHO PROCESAL PENAL*. Lima: Edicion Grijley.

Sanchez Velarde, P. (2002). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: IDEMSA.

Sanchez Velarde, P. (2006). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: IDEMSA.

Vásquez Rossi, J. E. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

DESMATERIALIZADOS

<http://elaboratumonografiapasoapaso.com/blog/que-son-la-variables-intervinientes/>

<http://www.abogadosderechoshumanos.com/comentarios-doctrinales/doctrina-del-tedh-condena-penal-en-segunda-instancia-sin-o%C3%ADr-al-acusado/>

[http://grupos.emagister.com/debate/aproposito de la condena del absuelto/1081-757384](http://grupos.emagister.com/debate/aproposito_de_la_condena_del_absuelto/1081-757384)

<http://abogadosanmartin01.blogspot.com/2011/08/la-condena-del-absuelto-en-segunda.html>

<http://es.scribd.com/doc/69000855/10/PRINCIPIO-DE-LA-INSTANCIA-PLURAL>

<http://www.buenastareas.com/ensayos/Los-Principios-De-La-Reforma-y/449429.html>

<http://proyectoupla.blogspot.com/2012/11/principios-procesales-en-el-nuevo.html>

A photograph of a brass scale of justice, a wooden gavel, and a stack of law books on a wooden surface. The word "ANEXOS" is written in the center.

ANEXOS

ANEXO 01

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

Lima, catorce de setiembre
del dos mil diez.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que es materia de consulta, la sentencia de vista de fojas sesenticuatro, su fecha veintidós de junio del año en curso, en el extremo que declara inaplicable a este caso concreto, el artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, en cuanto señala que **“si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar”**; ello en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión, por colisión con el derecho a la instancia plural (revisión por otro órgano superior), que consagra el artículo 139 inciso 6 de la Constitución Política del Estado, así como los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 4, 14 y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

SEGUNDO: Que, el argumento esencial de la resolución materia de consulta, radica en que: **a)** el tener que condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una *reformatio in peius*, que sería legal si existiera un Tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación; **b)** únicamente la existencia de un juzgamiento en revisión con posibilidad de actuación probatoria de cargo y descargo, justificaría la emisión de una sentencia de vista que condene a quien estuvo precedentemente absuelto, no resultando suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta del recurso de apelación, dado su carácter

1

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

extraordinario, cuyo objetivo consiste en la aplicación correcta por los jueces de mérito del derecho positivo; y c) en la jurisdicción fundamental internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó en el caso Mauricio Herrera, el dos de julio del dos mil cuatro, que Costa Rica reformara en un plazo razonable la regulación sobre la casación, ya que la vigente no garantizaba en forma suficiente el derecho a recurrir. En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“el derecho a los recursos forma parte del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no sólo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia”*.

TERCERO: Que, la *reformatio in peius* es una regla impuesta al órgano jurisdiccional de apelación como impedimento para agravar o hacer más gravosa, la condena o restringir las declaraciones más favorables de la sentencia de primera instancia, en perjuicio del apelante. Limita entonces el efecto devolutivo al extremo de la sentencia que haya sido efectivamente apelado, pues consentido los demás extremos no pueden ser modificados en perjuicio del recurrente; sin embargo, el efecto devolutivo es total si se apelara de todos los extremos.

CUARTO: Que en efecto, el nuevo Código Procesal Penal a través del dispositivo legal cuya inconstitucionalidad es materia de consulta, establece la posibilidad de sancionar a aquél que fuera absuelto en primera instancia, modificando de esta manera las facultades concedidas al juez de apelación en el Código de Procedimientos Penales, toda vez que mientras que en su artículo 425, inciso 3, literal

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

b), señala que la sentencia de segunda instancia puede "*dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar*"; el Código de Procedimientos Penales señala en su artículo 301 que el órgano jurisdiccional que conoce un recurso de apelación en segunda instancia, en caso de sentencia absolutoria, "*sólo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral*".

QUINTO: Que, el nuevo tratamiento de reforma de la sentencia absolutoria de primera instancia por una de carácter condenatoria, ha dado lugar a lo que se denomina el régimen jurídico de la condena del absuelto, el mismo que no afecta la denominada garantía de la "*doble instancia*" reconocida en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en la medida que, en estricto, lo que se reconoce en dicha norma constitucional es la garantía de la instancia plural, la misma que se satisface estableciendo, como mínimo, la posibilidad en condiciones de igualdad de "*dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero*"; tanto más si como ha sucedido en el presente caso, ante la emisión de la sentencia absolutoria de primera instancia, el Fiscal Adjunto encargado del Tercer Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Penal Corporativa de Arequipa ha interpuesto recurso de apelación, circunstancia que al habilitar un pronunciamiento condenatorio, no permite arribar a una conclusión que implique una *reformatio in peius* para el procesado Jorge Ccanahuire Adcco.

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

SEXTO: Que, en efecto, la prohibición de la *reformatio in peius* no funciona en los supuestos en que el contrario hubiera también apelado de la sentencia; situación jurídico procesal que es donde se encuadra el tema en análisis, pues sobre la sentencia absolutoria, el apelante es el Ministerio Público, cuya pretensión impugnatoria faculta a un pronunciamiento de fondo, que al ejercer un juicio de fundabilidad puede provocar una condena al absuelto en primera instancia.

SETIMO: Que, el principio constitucional de la instancia plural trata en definitiva de que la organización del proceso admita la posibilidad que el objeto o pretensión pueda ser discutida ampliamente en dos instancias, a instancia tanto de la parte acusada como acusadora. Por ende, el acusado -pero también la acusación respecto de su pretensión- tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva, defendiéndose de la acusación durante la primera instancia y luego, ante la apelación presentada por el Fiscal, también podrá hacerlo en segunda instancia, a través de sus alegatos respectivos.

OCTAVO: Que, la referida garantía es reconocida también en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el *ad quem* sólo pueda absolver al condenado cuando éste cuestione la condena, pero no pueda condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso, tal absolución. Así, si tenemos en cuenta la exigencia del principio de igualdad, no existe justificación razonable que permita, de un lado, avalar la posibilidad de una decisión del *ad quem* que revoque y sustituya la condena pero, de otro lado, impedir que ejerza las mismas facultades respecto de la absolución.

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

NOVENO: Que, el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como el literal h) del inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exigen que, en la organización del proceso penal, la parte acusada tenga la posibilidad de discutir la pretensión jurídico penal en su contra ante un órgano jurisdiccional superior y por ende distinto. Sin duda, la institución de la condena del absuelto prevista en la configuración jurídica del recurso de apelación en el nuevo Código Procesal Penal, prevé la posibilidad de hacer uso de este recurso por la parte acusada, consecuentemente, puede recurrir y discutir la pretensión sancionadora de la parte acusadora ante un órgano jurisdiccional superior y distinto.

DECIMO: Que, en este contexto, el acusado tendrá toda la posibilidad de discutir la pretensión punitiva en dos oportunidades, esto es, tanto ante el juez de primera instancia como ante el de apelación, incluso en el caso de la apelación de una sentencia absolutoria por parte de la parte acusadora. De esta manera, podrá ejercer su derecho de defensa frente a la acusación que se le haga durante la primera instancia y, lo que es lo más importante, podrá también hacerlo en el juicio sobrevenido por el recurso actuado por el Fiscal, en virtud del cual se realizará el juzgamiento en segunda instancia.

DECIMO PRIMERO: Que, habiéndose cumplido entonces a través del nuevo diseño procesal penal adoptado, en el que a diferencia de la regulación prevista en el Código de Procedimientos Penales, es posible condenar al absuelto en primera instancia, **con el respeto irrestricto a la instancia plural**, la interposición del recurso de casación, no se ve desnaturalizada, toda vez que se respeta sus características y finalidades, de ese modo se reconoce al mencionado recurso como uno de carácter extraordinario que no implica una instancia, es decir que a

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

través del mismo no se pueden revisar los hechos ni muchos menos abrirse o agregarse prueba, se reconoce asimismo que la casación tiende a proceder en el sólo interés de la ley, pudiendo incluso declararse de oficio; este criterio es recogido en la STC N° 3261-2005-PA/TC.

DECIMO SEGUNDO: Que, en consecuencia, de acuerdo a lo expuesto, no se trata entonces de un tema de *reformatio in peius* ni específicamente de una afectación a la pluralidad de instancia, habida cuenta que el doble grado de jurisdicción se cumple cuando por intermedio de la impugnación se somete a un órgano superior la revisión plena del juicio llevado a cabo por el *a quo*, entendiéndose el término juicio como aquel ámbito de razonamiento jurídico sobre admisibilidad, procedencia, fundabilidad, subsunción y de garantías efectuadas por el juzgador en su sentencia.

DECIMO TERCERO: Que, por lo expuesto, al no advertirse del análisis del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, colisión alguna con el derecho a la instancia plural que consagra la Constitución Política del Estado a través del artículo 139 inciso 6, y las normas de protección internacional de los derechos humanos, referidos en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los artículos 4, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: **DESAPROBARON** la resolución consultada de fojas sesenticuatro, su fecha veintidós de junio del año en curso, en cuanto declara **inaplicable** a este caso en concreto, el artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, únicamente en cuanto señala que "*si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere*

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

lugar"; en consecuencia, **DISPUSIERON** que la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, expida nuevo pronunciamiento con arreglo a los considerandos expuestos; en los seguidos contra Jorge Ccanahuire Adcco, por la comisión del delito contra la libertad sexual - violación de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales C.V.H.Q.; y los devolvieron.- *Vocal ponente: Mac Rae Thays.*
S.S.

TAVARA CORDOVA

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

MAC RAE THAYS

ARAUJO SANCHEZ

CARMEN ROSA DIAZ ACEVEDO
Secretaria
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

21 MAR. 2011



SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de setiembre de dos mil trece.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar, contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintinueve, de fecha veintiocho de marzo de dos mil doce, que revoca la sentencia de fojas ciento setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, en el extremo que absolvió a los antes citados del primer hecho que se les atribuyó (descrito en el acápite uno punto uno de la parte expositiva), por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro: reformándola: condenaron a los antes aludidos como cómplices primarios del delito antes indicado en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; les impuso la pena de inhabilitación consistente en la privación definitiva del cargo que ejercían en la administración pública, así como la incapacidad de obtener otro mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el término de un año y fijó por concepto de reparación civil la suma de dos mil doscientos cincuenta nuevos soles que por concepto de restitución del dinero apropiado e indemnización de los daños y perjuicios, deberán pagar en forma solidaria con el también condenado Mauricio José Nina Juárez a favor del Estado, a razón del cincuenta por ciento a favor de la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro y cincuenta por ciento a favor del Ministerio de Justicia representado por el Procurador Público Anticorrupción de Moquegua.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I.- Del itinerario del proceso en Primera Instancia.

PRIMERO: Los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar fueron procesados penalmente, con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Que el señor Fiscal Provincial Mixto de la Fiscalía Provincial Mixta de General Sánchez Cerro, mediante requerimiento de fojas sesenta y tres, de fecha diecisiete de marzo de dos mil



once, formuló acusación contra los precitados por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado.

SEGUNDO: Que, a fojas noventa y seis obra el acta de registro de continuación de control de requerimiento mixto (acusación), llevada a cabo por el Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de Omate. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Unipersonal de la Provincia de Sánchez Cerro de fecha veintisiete de abril de dos mil once que obra a fojas ciento veintiuno.

TERCERO: Seguido el juicio de primera instancia -como se advierte de las actas de fojas ciento veintiséis a fojas ciento setenta-, el Juzgado Unipersonal de la Provincia de General Sánchez Cerro dictó la sentencia de fojas ciento setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, que absolvió a Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado.

CUARTO: Contra la referida sentencia el señor Representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación por escrito fundamentado a fojas doscientos diez. Este recurso fue concedido por auto de fojas doscientos diecisiete, de fecha cinco de octubre de dos mil once.

II.- Del trámite recursal en Segunda Instancia.

PRIMERO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, culminada la fase de traslado de la impugnación y no habiendo presentado recurso el representante del Ministerio Público (apelante), emplazó a las partes a fin de que concurran a la audiencia de apelación de sentencia.

SEGUNDO: Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas trescientos veintidós, continuada a fojas trescientos veinticinco, se declaró cerrado el debate y suspendió la audiencia para la expedición y lectura de la sentencia de vista.

TERCERO: La Sala Penal de Apelaciones emitió la sentencia de vista de fojas trescientos veintinueve, de fecha veintiocho de marzo de dos mil doce, -en lo que respecta al extremo que es materia de casación- revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, en el extremo que absolvió a Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar del primer hecho que se les atribuyó (descrito en el acápite uno punto uno de la parte expositiva), por el



delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado a través de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro; y reformándola: condenó a Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar como cómplices primarios y responsables del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado a través de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; les impuso la pena de inhabilitación consistente en la privación definitiva del cargo que ejercían en la administración pública, así como la incapacidad de obtener otro mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el término de un año y fijó por concepto de reparación civil la suma de dos mil doscientos cincuenta nuevos soles que por concepto de restitución del dinero apropiado e indemnización de los daños y perjuicios, deberán pagar en forma solidaria con el también condenado Mauricio José Nina Juárez a favor del Estado, a razón del cincuenta por ciento a favor de la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro y cincuenta por ciento a favor del Ministerio de Justicia representado por el Procurador Público Anticorrupción de Moquegua.

III.- Del Trámite del recurso de casación.

PRIMERO: Leída la sentencia de vista, los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar interpusieron recurso de casación que fundamentaron los dos últimos mediante escrito de fojas trescientos setenta y ocho y el primero a través de su escrito de fojas trescientos noventa y cuatro, los cuales fueron concedidos por resoluciones de fojas trescientos ochenta y cinco y cuatrocientos, ambas de fecha diecisiete de abril de dos mil doce. Elevados los autos a esta Suprema Instancia y cumplido el respectivo trámite de traslado, esta Sala de Casación mediante auto de calificación de fojas veintiocho, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil doce -del cuadernillo formado en esta Instancia Suprema- declaró bien concedidos los citados recursos para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a si es posible aplicar la norma procesal que faculta a la Sala de Apelaciones condenar al absuelto en primera instancia sin tener este la posibilidad de apelar dicho fallo.

SEGUNDO: Instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la audiencia de casación el día cinco de setiembre de dos mil trece. Instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención de las partes, el estado de la causa es la de expedir sentencia; advirtiéndose que los recurrentes Henry Froilan Coayla



Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar no concurrieron pese a estar debidamente notificados, lo cual da lugar a que se declare inadmisibles el recurso de casación en relación a estos dos impugnantes de conformidad con lo previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal.

TERCERO: Deliberada la causa en secreto y votada con arreglo a ley, esta Suprema Sala cumple con emitir la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realiza por la Secretaria de la Sala el día tres de octubre de dos mil trece a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme se indicó en los fundamentos jurídicos sétimo al noveno de la Ejecutoria Suprema de fojas veintiocho, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil doce -del cuadernillo formado en esta Instancia Suprema-, el motivo de casación admitido se circunscribe al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la "condena del absuelto".

SEGUNDO: Que, al respecto los recurrentes de manera coincidente alegan que el Colegiado Superior revocó la sentencia absolutoria sin que se haya actuado prueba de cargo por el Ministerio Público; señalan que se les imputó dos hechos fácticos, uno de ellos, por haber pagado indebidamente, conjuntamente con sus coencausados, a ocho trabajadores que no laboraron el día veintitrés de julio de dos mil ocho; sin embargo, en la sentencia de vista se les condenó por haber pagado indebidamente a doce trabajadores incurriendo de esta manera en flagrante vulneración al principio acusatorio; del mismo modo, sostienen que se inobservaron las normas procesales referidas a la presunción de inocencia, la garantía de la titularidad de la acción penal, legitimidad de la prueba, derecho de defensa, objeto de la prueba, medios de prueba, valoración de la prueba, acusación fiscal y al auto de enjuiciamiento; finalmente, indican que se desarrolle como doctrina jurisprudencial ¿Si la Sala Penal de Apelaciones puede revocar una sentencia absolutoria para luego condenar sin haber actuado prueba de cargo por el representante del Ministerio Público, sin la posibilidad de apelar la decisión limitándose sólo a interponer el recurso de casación?.



TERCERO: Al respecto, el Tribunal Supremo en la Ejecutoria de fojas veintiocho, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil doce -del cuadernillo formado en esta Instancia Suprema-, estimó que algunos jueces consideran que el hecho de condenar al absuelto trasgrede la vigencia de principios elementales del juicio, como son la oralidad, contradicción e inmediación y, por ende, normas que contravienen el debido proceso, en tanto limita de manera drástica el derecho al recurso del encausado, menoscabando el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en la medida que la condena del absuelto es el primer fallo en causar agravio al imputado; por lo que, luego de analizar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación el Supremo Tribunal indicó que la postulación formulada por los recurrentes es acorde con lo previsto por el inciso tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, pues expresaron de manera lógica, sistemática, coherente y técnica argumentos referidos al desarrollo de la doctrina jurisprudencial en cuanto a la aplicación de la norma procesal que faculta a la Sala Penal de Apelaciones condenar al absuelto sin tener éste la posibilidad de apelar dicho fallo, es decir, cumplieron el requisito ineludible que garantiza el acceso a la casación excepcional, a fin de determinar por la máxima instancia del país reglas interpretativas coherentes y únicas que garanticen el valor seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley.

II.- De la sentencia de primera instancia.

CUARTO: La sentencia de primera instancia precisó que en autos no está demostrado, en el caso de los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cueilar, que en su condición de servidores públicos, se hayan apropiado o hayan utilizado, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia, les estén confiados por razón de su cargo; pues que se sepa o haya sido demostrado, a estos tres servidores públicos, no se les ha adjudicado o se les ha confiado; o, en todo caso, no han percibido en administración o custodia por razón de su cargo, caudales o efectos, que se hayan apropiado en beneficio propio o de terceros. O en todo caso, para el caso del Ingeniero Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, a quien se le atribuye un cargo extra como a su coencausado Mauricio José Nina Juárez, es decir, haber incrementado sin la sustentación técnica y justificación correspondiente y en el lapso de sólo siete días, el presupuesto de las obras "Mejoramiento de Canal de Riego "La Retama" y "Manzanayo", para también facilitar y permitir o autorizar el pago de remuneraciones a ocho trabajadores en la "Obra de Mejoramiento de Canal Manzanayo", sin que hayan trabajado en forma



efectiva el día veintitrés de julio de dos mil ocho; empero, preceptúa el Juzgado que este hecho no está probado, pues si bien el encausado Jorge Manuel Sotomayor Vildoso cometió irregularidades, estas no constituyen delito de peculado, en tanto no se le entregó caudales o efectos o bienes del Estado, bajo su custodia para fines de administración o similares.

III.- De la sentencia de segunda instancia.

QUINTO: La sentencia de vista impugnada en casación estimó que la prueba actuada determinó que el encausado Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, en su calidad de Ingeniero Residente de obra, en el plan criminal desarrollado por todos los procesados se encargó de consignar en las hojas de tareas a personal que no laboró para la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro el veintitrés de julio de dos mil ocho, conforme a su contrato de trabajo, en tanto de la prueba documental el citado encausado era el responsable directo de controlar la asistencia del personal, en contra de ello, con la elaboración de dichas hojas y al suscribirlas, burló su obligación, siendo que al consignar información falsa, también faltó a la verdad; que, del mismo modo, el encausado Henry Froilán Coayla Apaza, en su calidad de Supervisor o Inspector de Obras, encargado de la Subgerencia de Supervisión y Liquidación de Proyectos no cumplió con su deber de control o supervisión de las obras en ejecución que como función específica le asignaba el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad agraviada, en concreto no verificó la asistencia regular del personal a la obra en cuestión asumiendo en ese sentido una conducta omisiva, la cual era necesaria a los fines de concretar la apropiación de dineros mediante el pago a "trabajadores fantasmas"; que, en lo concerniente al encausado Luis Enrique Rodríguez Cuellar, en su calidad de Gerente de Obras Públicas permitió que la ilícita actividad se produjera, como actos positivos de pretendido y fallido encubrimiento del delito -pero que a la vez demuestran- elaboró el Informe número mil doscientos treinta y nueve - dos mil ocho- GOPDU/MPGSC de fecha veintitrés de julio de dos mil ocho, con el que solicitó la ilegal compensación de un día de trabajo para algunas personas, por tanto incumplió su deber de supervisar con apego a la realidad el proyecto de inversión de emitir informes ciertos, que como funciones específicas le asignaba el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad agraviada, en conclusión también formó parte del plan delictivo.



III.- Del motivo casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial relacionada con la condena del absuelto.

SEXTO: Que, nuestro ordenamiento jurídico nacional contempla en los artículos cuatrocientos diecinueve numeral dos¹ y cuatrocientos veinticinco numeral (es literal b) del nuevo Código Procesal Penal², los supuestos de revocación del fallo absolutorio por uno condenatorio, en base a la actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación, entendida como aquella que se desconocía o que fueron indebidamente denegadas o las no practicadas en primera instancia.

SÉTIMO: Que, en aplicación de dichas normas, la sentencia recurrida condenó a los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilán Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar, quienes habían sido previamente absueltos de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro.

OCTAVO: Que, en el presente caso, se cuestiona la constitucionalidad de las normas que faculta al juzgador de segunda instancia -Sala de Apelaciones- revocar la sentencia absolutoria de primera instancia y al reformarla emitir pronunciamiento condenatorio, en tanto no sólo se oponen al derecho constitucional a la pluralidad de la instancia sino también a las garantías genéricas del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva previstos en los incisos seis y tres del artículo ciento treinta y nueve, respectivamente de la Constitución Política del Estado.

NOVENO: Que, en consecuencia, el núcleo problemático reside en esclarecer si el derecho a la pluralidad de la instancia en materia penal implica: doble conforme o simplemente doble instancia al margen de quien impugne la

¹ Artículo 419 Facultades de la Sala Penal Superior.-

2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria.

² Artículo 425 Sentencia de Segunda Instancia.-

3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede:

b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.



primera decisión; y, en el primer caso, si nuestro sistema procesal de impugnación habilita la posibilidad de mantener la condena del absuelto. En efecto, en la doctrina se advierten argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de dichas normas procesales penales.

DÉCIMO: Que, un precedente ineludible a tener en cuenta es el abordado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver, con fecha catorce de setiembre de dos mil diez, la Consulta número dos mil cuatrocientos noventa y uno guión dos mil diez, elevada por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, la que por considerar inconstitucional, declaró inaplicable el citado artículo cuatrocientos veinticinco apartado tres literal b) del Código Procesal Penal. En dicha oportunidad el mencionado órgano jurisdiccional desaprobó la resolución consultada, justificando la constitucionalidad de la norma en mención, esencialmente bajo los siguientes argumentos: **i)** tal disposición es reconocida en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el *ad quem* sólo pueda absolver al condenado cuando éste cuestione la condena, pero no pueda condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso, tal absolución (...) no existe justificación razonable que permita, de un lado, avalar la posibilidad de una decisión del *ad quem* que revoque y sustituya la condena pero, de otro lado, impedir que ejerza las mismas facultades respecto de la absolución; **ii)** que la pluralidad de la instancia se agota con el doble examen de la causa en instancias diferentes, al margen de quien haya sido el impugnante, no afectándose ésta en la medida en que, en estricto, lo que se reconoce en dicha norma se satisface como mínimo en condiciones de igualdad de dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero -considerando quinto y sétimo de la citada sentencia-; y, **iii)** que el recurso de apelación no permite arribar a una conclusión que implique una *reformatio in peius* para el procesado -véase considerando sexto de la aludida sentencia-.

DÉCIMO PRIMERO: En vista a ello, una primera cuestión a dilucidar debe responder a la pregunta ¿Esta Sala Penal de la Corte Suprema en el presente caso tiene competencia para volver a discutir la validez de una norma cuya constitucionalidad ha sido afirmada por una Sala Constitucional de la misma Corte, tras el trámite de consulta regulado en el artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial?. La respuesta es afirmativa, y las razones esencialmente son: **i)** renovada argumentación a favor de la



inconstitucionalidad de la norma que regula la "condena del absuelto", con base a normatividad y jurisprudencia internacional no comprendida dentro de las consideraciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema; y, **ii)** la emisión de una sentencia expedida por el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad -así reconocido por el artículo uno de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional- respecto al contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en el caso de autos, se tiene que la condena de los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado fue impuesta por primera vez en segunda instancia mediante sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, en la cual ésta revocó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Unipersonal de la Provincia de General Sánchez Cerro, por lo que a efecto de determinar si la condena de los absueltos vulnera el derecho a la pluralidad de la instancia, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, es menester analizar nuestra normatividad nacional e internacional de la cual formamos parte.

12.1.- De la normatividad esencial nacional e internacional.

12.1.1.- La Constitución Política del Estado, en su artículo ciento treinta y nueve inciso seis, consagra como principio y derecho de la función jurisdiccional la pluralidad de la instancia. Tal norma está redactada en clave de principio, esto es, que sus condiciones de aplicación no están expresamente definidas, por lo que corresponde al intérprete efectuar un desarrollo de su contenido.

12.1.2.- Sin embargo, conforme lo establece el artículo cincuenta y cinco de nuestra Constitución: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional", y en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, prescribe que: "*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*". Perspectiva normativa desde la cual es posible afirmar que el contenido del principio de la pluralidad de la instancia regulado, así, por nuestra Constitución, se encuentra integrado con lo establecido por el artículo catorce inciso quinto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) por cuanto al respecto consigna



que: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley"; y lo fijado en el artículo ocho de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto sostiene que: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

12.1.3.- Del solo desentrañamiento semántico de estos dispositivos normativos internacionales, y particularmente del PIDCP, emerge con claridad que específicamente en materia criminal -justamente, en la que el Estado a través del *ius puniendi* despliega su máxima capacidad de intervención en los derechos fundamentales de las personas, especialmente en el derecho a la libertad personal- el principio de la pluralidad de la instancia despliega su mayor alcance garantista, exigiendo, más allá de cuál sea la configuración del sistema impugnatorio interno de cada país, que una decisión condenatoria tenga siempre la posibilidad de ser revisada por un tribunal jerárquicamente superior al que la emitió. Esta interpretación para considerarla suficiente debe responder a la pregunta ¿el enunciado interpretado posee algún margen, más o menos amplio, de indeterminación? La respuesta es negativa. Los términos empleados son suficientemente unívocos para guiar y delimitar la capacidad reguladora del legislador en el sistema de recursos en materia penal, el enunciado "*tendrá derecho a que el fallo condenatorio y pena que se haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior*" no se compone de conceptos vagos o imprecisos, antes bien, son claramente determinados y posee un significado único en cualquier comunidad jurídica del mundo -los términos "fallo condenatorio" solo puede entenderse como una decisión que implique la determinación fáctica y jurídica de responsabilidad penal del imputado; y "pena" referida al tipo y quantum de la sanción penal impuesta como consecuencia jurídica de la decisión condenatoria-; de modo que, en virtud de esta norma que por su rango opera -en términos de Ferrajoli- como "regla de validez" de las infraconstitucionales, no está a merced del legislador la posibilidad de restringir, menos prohibir, que una decisión condenatoria -y por ende desfavorable al procesado- sea susceptible de reexamen por un órgano superior, y el único mecanismo procesal que a tal fin propugna la teoría general del proceso es el de un medio impugnatorio; que, por tanto, -al margen de la denominación que se le asigne- debería estar previsto dentro del ordenamiento jurídico procesal.



12.1.4.- Se discute este tipo de interpretación -lingüística- de la norma, tildándola de formalista e impropia en materia constitucional, pero las razones que se exponen son de modo genérico y no específico al enunciado objeto de evaluación. Al respecto es menester apuntar que las palabras y los enunciados citados poseen un contenido significativo que vincula al intérprete y al aplicador, pero sostener que las palabras de la ley determinan en algo, mediante sus significados, la decisión, para nada implica que la determinen por completo y que no sean necesarias ulteriores premisas interpretativas para precisar el concreto significado dentro de los márgenes que abran la ambigüedad o vaguedad de sus términos. No obstante frente a un texto claro y preciso, procurar desconocerlo y considerar un sentido interpretativo distinto es igual que pretender que las palabras de la ley nada significan y que, por tanto, la actividad interpretativa es libérrima decisión no atada a ningún dato previo", promoviéndose un creacionismo jurídico absoluto.

12.1.5.- Incluso, las concepciones interpretativas materiales o axiológicas -que propugnan que el derecho no se agota en los textos constitucionales o legales y que éstos no son más que un vehículo rudimentario, y a veces engañoso, por medio del cual la verdadera normatividad trata de manifestarse-, explican que la labor del intérprete debe comenzar por la interpretación del significado de esos textos, aún cuando accesorio frente al verdadero fin que es descubrir el sentido del derecho; de modo que, un primer paso será siempre buscar el significado de los enunciados y, el siguiente, estará dirigido a poner en relación tales significados del texto con los verdaderos contenidos de sentido del derecho. Puede ocurrir que no se aprecie discordancia entre significado del texto y sentido del derecho, en cuyo caso el texto ha acertado en traducir a palabra el sentido, los contenidos profundos y necesarios del derecho, o, suceder que se detecte una discordancia entre significado y sentido, y entonces habrá que decidir desde el sentido y al margen o por encima del significado.

12.1.6.- Entonces, aún desde estas bases supralingüísticas -de las que por cierto no nos consideramos ajenos- podría considerarse que existe un sentido del derecho que niegue la existencia de tal garantía en materia impugnatoria que habilite al procesado condenado a que su sentencia sea objeto de reexamen por una instancia superior. Resulta oportuno abordar aquí el tema de la igualdad de las partes procesales aludido en justificación de la constitucionalidad de la norma procesal en



mención. Al respecto, dicho principio rector del proceso penal y, más aún, del nuevo modelo, no puede ser concebido desmembrando las etapas y actuaciones procesales, sino concebido como un equilibrio *in toto*, pues una perspectiva contraria llevaría a concebir como inconstitucional una pluralidad de principios constitucionalmente admitidos que operan en favor del procesado como: la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el principio acusatorio y la carga probatoria, el principio de objetividad que regula la actuación del Ministerio Público; todos ellos que operan en contrapeso de una circunstancia trascendente radicada en el desequilibrio que implica la oficialidad de la investigación en manos de un órgano, si bien constitucionalmente autónomo, no por ello ajeno a fines utilitaristas de orden estatal y comunitario -sobre derechos fundamentales de carácter individual-, y que la capacidad de decisión respecto a la restricción de uno de los derechos fundamentales más preciados como la libertad, está en manos también de un órgano estatal.

12.1.7.- Además, el Tribunal Constitucional, en esta misma línea, ha tenido la oportunidad de establecer el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, al resolver el proceso de Habeas Corpus número cuatro mil doscientos treinta y cinco guión dos mil diez guión PHC oblicua TC, de fecha once de agosto de dos mil once, donde si bien reiteró, como venía sosteniendo, que *"la instancia plural queda satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas"*, fijó ello de modo genérico, pues en lo particular a la materia penal, reafirmó, sobre la base de la normatividad de los Tratados Internacionales antes glosados, el derecho que tiene toda persona a recurrir las sentencias que impongan una condena penal y, en general, una medida de coerción personal. Por otro lado, como puede verse del fundamento veinte, para el Tribunal se encuentra fuera de discusión que un fallo condenatorio sea recurrible, además, de las medidas de coerción personal. En suma, concluyó que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra la sentencia que imponga una condena penal.

12.1.8.- En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de la Observación General número treinta y dos del veintitrés de agosto de dos mil siete, señaló que: *"El párrafo quinto del artículo catorce del PIDCP se vulnera no sólo si la decisión de*



un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando un tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto".

12.1.9.- La jurisprudencia internacional también ha tenido la oportunidad de establecer el contenido del derecho a la instancia plural en materia criminal. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso número once mil seiscientos dieciocho, Caso Mohamed vs. Argentina, donde además de sostener que la garantía del artículo octavo apartado segundo literal h) de la CADH se establece con el fin de que una sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior, así se trate de una condena impuesta en única, primera o segunda instancia, añadió que para el derecho internacional de los derechos humanos es irrelevante la denominación o el nombre con el que se designe a este recurso, lo importante es que cumpla con determinados estándares. En primer lugar, debe proceder antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada y debe ser resuelto en un plazo razonable, es decir, debe ser oportuno. Asimismo, debe ser un recurso eficaz, es decir, debe dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido, esto es, evitar la consolidación de una situación de injusticia. Además debe ser accesible, sin requerir mayores formalidades que tomen ilusorio el derecho. Expresamente, la Corte señala: "... el derecho a recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica (caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica). La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen íntegro de la decisión recurrida".



12.1.10.- De lo antes expuesto, tenemos que el derecho a recurrir el fallo es una garantía esencial en el marco al debido proceso, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un Juez o Tribunal distinto y de superior jerarquía a efectos de otorgar la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio brindando de esta manera mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.

12.1.11.- Siendo ello así, la condena del absuelto, habilitada por las normas procesales objeto de evaluación, no es per se incompatible con la Constitución Política del Estado.

12.2.- Del recurso de apelación y el principio de inmediatez.

12.2.1.- El Código Procesal Penal, ha previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos diecinueve, como una de las facultades del órgano jurisdiccional que conoce un recurso de apelación en segunda instancia: "El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria". En efecto, si se compara con el texto del viejo Código de Procedimientos Penales, es evidente que la diferencia sustancial, sobre todo en atención al tema materia de autos, reside en la facultad decisoria que tiene el juzgador de segunda instancia ante una sentencia absolutoria que ha sido recurrida; así, mientras el Código de Procedimientos Penales, prescribe la declaración de nulidad de la sentencia absolutoria y por consiguiente la realización de un nuevo juicio o instrucción, el Código Procesal Penal, permite que pueda revocarse la absolución y en vía de reforma condenar al encausado.

12.2.2.- De acuerdo a la vigente regulación legal del recurso de nulidad, en concordancia con la Constitución Política del Estado, actualmente permite que la Corte Suprema revise ampliamente las sentencias recurridas, de manera que en rigor no se podría hablar de única instancia, como en su anterior predecesor, el Código de Procedimientos Penales, como consecuencia de la extensión del objeto de conocimiento del órgano ad quem, que abarca cuestiones de hecho y derecho, las decisiones posibles de adoptar son la nulidad de la sentencia, la nulidad de actuaciones que la preceden o la revocación (haber nulidad) y reforma de la sentencia; sin embargo, en este último caso, como ya sabemos, la Corte Suprema puede agravar o



atenuar la pena, absolver al condenado, pero en ningún caso podrá condenar al absuelto.

12.2.3.- Así, puede afirmarse que el tratamiento de la inmediación en el Código de Procedimientos Penales, tiene una sola dirección: la tutela del encausado. En la absolución de quien fue condenado por el órgano jurisdiccional inferior, el principio de inmediación no ha sido tomado en cuenta por el Código de Procedimientos Penales, pese a que en tal supuesto la parte civil y el acusador podrían cuestionar precisamente la falta de ella. Es claro que tal situación refleja un trato diferente que podría cuestionarse por discriminatorio, pero también lo es que actualmente la inmediación no puede servir para pretender un proceso penal de instancia única, debido precisamente a su aplicación fragmentaria: mientras la inmediación impediría la condena del absuelto, en el caso inverso no constituiría un obstáculo.

12.2.4.- Por ello, si quiere hallarse una explicación más coherente a lo prescrito en el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, parece atendible la afirmación de Mixan Mass³, quien expresa que en el fondo de la prohibición de condenar al que fue absuelto anteriormente subyace el temor de que la Corte Suprema incurra en un grave error de apreciación que ponga en peligro la inocencia de muchos procesados, pues, los supremos no han visto ni han oído al procesado, no han visto las incidencias, el cúmulo de impresiones habidas en el juicio oral; y condenando en forma fría, solo en mérito de los actuados, a quien fue absuelto, podrían cometer en muchos casos verdaderas injusticias.

12.2.5.- Este temor de incurrir en grave error, parece similar al temor de condenar a un inocente que permite la aplicación del *brocardo in dubio pro reo*; el condenado en segunda instancia no tiene la posibilidad de cuestionar esta decisión, por lo menos no en el mismo proceso penal. De esta forma, la prohibición de condenar en segunda instancia, resulta siendo una decisión político-criminal que responde a una situación concreta, y de la que no puede extraerse la afirmación de que el proceso penal sea de única instancia; ahora bien, ello tampoco quiere decir que el principio de inmediación no tenga ninguna importancia, antes bien, el temor de un posible error judicial se origina precisamente en su ausencia.

³ MIXAN MASS, Florencia. Juicio oral, Marsol, Trujillo, 1994, p. 511. GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. EDDILL, Lima, 1984, p. 329.



12.2.6.- Que, de otro lado, cabe precisar que lo antes anotado no solo es predicable del proceso penal ordinario, sino también del sumario, desde que la interpretación sistemática ha convertido en práctica permanente la prohibición de la condena en segunda instancia, pues tal facultad del *Ad quem* no está prevista expresamente en el articulado del Decreto Legislativo número ciento veinticuatro.

12.2.7.- En relación a la inmediación, podemos señalar que: **i)** ciertos principios del proceso penal se identifican con una de las etapas de este, y en algunos casos con una determinada institución, así por ejemplo al mencionar el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* es evidente que de forma inmediata se piensa en el ámbito de los recursos y en las facultades que tiene el órgano judicial; **ii)** lo mismo sucede con el denominado principio de inmediación, dado que este es uno que brilla y tiene pleno sentido en la fase del juicio oral; **iii)** entre los términos inmediación y oralidad, incluso publicidad, existe tal relación que no es posible hablar de uno sin pensar en el otro; **iv)** sin duda el punto de mayor importancia se da en la relación existente entre juicio oral y actuación probatoria.

12.2.8.- En la actual doctrina sobre el Derecho Procesal Penal, es pacífica la afirmación de que la actividad probatoria que ha de servir al Juez sentenciador para formar su convicción, tiene como escenario natural la fase de enjuiciamiento - juicio oral. Así, los principios que rigen en esta fase del proceso penal terminan siendo aquellos que regirán la actividad probatoria, incidiendo principalmente en la actuación y valoración de los medios de prueba.

12.2.9.- Por ello, relacionando los conceptos de inmediatez y presentismo, en la parte referida a los principios del juicio oral, Vasquez Rossi señala que: "*La audiencia debe ser constantemente presidida por el director del debate y ante la presencia de todos los juzgadores, (...), del imputado -salvo casos excepcionales-, de sus defensores y de los órganos de la acusación, como así también con la concurrencia personal de los eventuales testigos y peritos. Esto lleva a la nota de inmediatez de los participantes entre sí y de los juzgadores respecto de lo que acontece ante sus ojos y oídos, de todo lo cual tienen una percepción directa, intransferible e insustituible, lo que adquiere especial importancia respecto de la valoración de la prueba que se produce durante la*



audiencia y que deriva a que nadie distinto de quienes han estado a lo largo del debate pueda emitir la conclusión definitiva"⁴.

En el mismo sentido, Huertas Martín, con relación a los principios que informan la actividad probatoria, establece una clara relación entre inmediación y práctica de pruebas; precisa que el primero significa la presencia del Juez sentenciador en dicha actividad, es decir, que el juez debe tener relación directa con las partes, los demás órganos de prueba, y con las otras fuentes de prueba⁵.

Según afirma Miranda Estrampes, para dar cabal cumplimiento al principio de inmediación judicial no es suficiente que la actividad probatoria se practique ante la presencia de cualquier órgano judicial, sino que debe realizarse precisamente ante el juzgador que debe emitir sentencia. Por tal razón, sostiene que "otra de las consecuencias que derivan de la vigencia del principio de inmediación consiste en que únicamente el juez o magistrados que han asistido a la práctica de la prueba podrán dictar sentencia"⁶.

12.2.10.- La fijación de la inmediación y la oralidad, como principio estelar de las decisiones condenatorias, llevada a sus últimas consecuencias, se ha constituido en uno de los argumentos más importantes y recurrentes para oponerse a la doble instancia en el proceso penal. Se ha afirmado que la oralidad conduce a la instancia única, pues cuando el fallo surge de un debate oral, los únicos que conocen el procedimiento y su contenido son los jueces que lo han presenciado, es decir, los que han estado en inmediación con esa actuación procesal.

12.2.11.- Habiéndose afirmado en la moderna doctrina procesal de corte acusatorio el imperio del principio de inmediación en la valoración de los medios de prueba, como único camino que conduce a la convicción del juzgador, la tacha de injusticia de la resolución apelada debe involucrar lógicamente un nuevo debate ante Jueces también presentes que emitirán una nueva decisión, la que responderá

⁴ VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Derecho Procesal Penal, Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 411 y 412.

⁵ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 118.

⁶ MIRANDA ESTRAMPES. La mínima actividad probatoria en el proceso penal, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 272.



a ese nuevo debate; así, respetando el principio de inmediación ante el Juez Superior que conoce del recurso, en rigor no habrá habido un reexamen del caso y por ende tampoco doble instancia, sino, una nueva primera instancia. Ello significa que el recurso de apelación no daría lugar a una segunda instancia, porque no es posible que se haga un reexamen con inmediación.

12.2.12.- "Aquí basta decir que Binding hace ya casi cien años, explicaba la imposibilidad de concebir esta 'segunda instancia', según el sistema de enjuiciamiento penal que, básicamente, imponía el Estado de Derecho. Si se tiene presente la necesidad de un juicio público como fundamento obligado de la sentencia -con sus características de oralidad del debate, presencia ininterrumpida de todos sus protagonistas, en especial de los Jueces que dictarán sentencia, únicos habilitados para emitir el fallo-, entonces cualquier posibilidad de nuevo examen amplio por un tribunal que no estuvo presente en él, pasa por un nuevo juicio, cuya decisión se fundará en los actos ocurridos en él y no en el juicio llevado a cabo anteriormente. Con prescindencia de las desventajas de un nuevo juicio -que le dieron pie a Binding para afirmar que autorizar la apelación es preferir al tribunal peor informado sobre el mejor informado, en razón de la distancia temporal hacia los hechos de los debates respectivos-, lo cierto es que este nuevo juicio, concebido de esa manera no representa un reexamen del anterior o de un resultado, sino, por el contrario, una segunda 'primera instancia', cuyo resultado (sentencia) -acertado o desacertado- depende, exclusivamente de su propio debate, que le sirve de base"⁷.

12.2.13.- Al estructurarse la fase de enjuiciamiento (juicio oral) sobre la base del principio de oralidad e inmediación, y al considerarse esta fase como sede de la actuación probatoria que será valorada por el juzgador, resulta extremadamente complejo el establecimiento de un recurso de apelación contra sentencias, dado que el órgano *ad quem* no es quien ha presenciado dicha actuación probatoria⁸.

12.2.14.- Esta posición doctrinal que niega la posibilidad de la segunda instancia sobre la base de la inmediación, se explica en parte en el modelo de apelación y doble instancia adoptados, pues, si se considera que a través de la apelación se abre la segunda instancia únicamente para la revisión o el reexamen de la causa (*revisio prioris*

⁷ MAIER, Julio, B. J. Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996. pp. 718 y 719.

⁸ LORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes. "La prueba en la apelación de sentencias penales del proceso penal abreviado". En: Justicia - Revista de Derecho Procesal, JM Bosch Editor, 2000, p. 343.



instantie), es evidente que, considerando al principio de inmediación como esencial para formar la decisión judicial, deberá realizarse (repetirse) la actividad probatoria ante el Juez *Ad quem*, y bajo este supuesto ya no se trataría de una revisión sino de una nueva decisión: una nueva primera instancia.

12.2.15.- Contrariamente, si se concibe la apelación y la segunda instancia como la oportunidad para un nuevo juzgamiento (*novum iudicium*), entonces, la repetición (o realización por segunda vez) de la actuación probatoria no se verá como una nueva primera instancia, sino como la manifestación de la segunda. De esta forma, el principio de inmediación podría encontrar cabal cumplimiento únicamente en este modelo de apelación y doble instancia, que por cierto fue el adoptado por el sistema procesal alemán⁹.

12.2.16.- En la actualidad, aunque la doctrina que enarbola el principio de inmediación y niega la doble instancia haya inspirado inicialmente al Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta, lo cierto es que la práctica judicial, concibiendo la apelación (y el recurso de nulidad) como medio que permite la revisión de lo resuelto; hace oídos sordos a la exigencia del principio de inmediación y forma su convicción sobre la base de lo que consta en el expediente; así, el órgano *ad quem*, facultado por la ley, puede absolver a quien fue condenado en primera instancia o agravar la pena de quien fue condenado sin que la inmediación asome como un requisito o presupuesto. Ciertamente, en el caso de sentencia absolutoria no se condena, pero no por el afloramiento de una sensibilidad por la inmediación, sino simplemente porque así lo prescribe el Código.

12.2.17.- Ahora bien, en contra de esta realidad podrá alegarse que no se trata de un verdadero recurso de apelación y menos de una segunda instancia, pero el hecho de que pueda cuestionarse errores en la fijación de hechos probados (valoración probatoria) y en la aplicación de la ley, no avala esta aseveración; aunque no puede negarse que esta práctica colisione abiertamente con el principio de inmediación. Por esta razón, puede sostenerse que en el proceso penal peruano rige la doble instancia, a pesar del principio de inmediación, y

⁹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. "El derecho a la doble instancia penal. Presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal". En: Constitución y Garantías Penales. Cuadernos de Derecho Judicial, XV-2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004, pp. 22 y 23.



con la particularidad de que no puede condenarse en segunda instancia.

12.3.- De la condena en segunda instancia.

12.3.1.- En contra de la posición adoptada en el Código de Procedimientos Penales, San Martín Castro¹⁰ al considerar que es posible la condena del absuelto en segunda instancia señaló lo siguiente: **i)** el principio constitucional de la doble instancia en el orden procesal exige otorgar al Juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto por el Juez *Ad quo*. En efecto, si consideramos a la doble instancia, por ende a la apelación, como garantía para la corrección de los errores y vicios en que haya incurrido el Juez *Ad quo*, es por demás evidente que tales errores no solo se presentaran en la condena del acusado sino también cuando se le absuelve, de manera que un mínimo de coherencia exigiría que en segunda instancia se corrijan tales errores. En el fondo late también un criterio de igualdad al exigir la misma capacidad correctora del *Ad quem* para los casos de sentencia condenatoria y absolutoria; **ii)** si bien en segunda instancia un reexamen de lo resuelto contradice el principio acusatorio de inmediación, siguiendo a Luigi Ferrajoli, acepta que ese es el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, que consiste en la garantía contra la ilegalidad, la arbitrariedad, el abuso o el error judicial.

12.3.2.- Así, se reconoce que la doble instancia tiene un impedimento de origen que consiste en la necesidad de que el Juez tenga inmediación sobre la actividad probatoria para formar su convicción; sin embargo, se acepta la vigencia de la doble instancia por considerarla de mayor valía que la inmediación. Se trata de una ponderación de dos principios fundamentales del proceso penal, siendo el resultado el sacrificio de uno a favor del otro. No obstante, entendemos que el autor antes citado no termina aceptando un sacrificio, en términos de anulación de la inmediación; sino, parece referirse a una limitación en tanto y en cuanto ello sea necesario.

12.3.3.- Por ello, siguiendo a Gimeno Sendra, señala que una vista de la causa amplia que permita reproducir, en lo posible, las pruebas actuadas en primera instancia, así como contar con los recursos

¹⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César E. Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Grijley, Lima, 2003, p. 1016



técnicos imprescindibles (videos) que permitan la protocolización exhaustiva del juicio oral y su reproducción ante el Juez *Ad quem*, superarían las objeciones desde el ángulo de la inmediación. Bajo esta perspectiva se considera que la condena en segunda instancia no podría ser objetada por la carencia de inmediación, pues, este defecto se subsanaría a través de los videos que permitan al *Ad quem* tener acceso a lo acontecido en la actuación probatoria, o a través de la reproducción de ciertas pruebas, e inclusive, en atención a la naturaleza de estas, mediante una buena elaboración del acta de juicio oral, dado que en último término se trata de limitar el principio de inmediación para hacer posible la doble instancia. De cualquier forma conviene insistir que esta posición doctrinal, según nuestro entender, no prescinde de la inmediación, por el contrario, la considera esencial para la conformación de la decisión judicial.

12.4.- Del principio de inmediación en segunda instancia.

12.4.1.- Frente a una posición extrema que en virtud del principio de inmediación y oralidad niega la posibilidad de la segunda instancia, se aprecia en la doctrina una segunda posición que en principio no niega la segunda instancia penal, sino por el contrario la afirma, aunque simultáneamente considera a la inmediación y la oralidad como esenciales para la decisión judicial, sin que ello implique radicalizar sus exigencias. Concretamente en España, luego que se mantuvo dominante una doctrina que afirmaba la plena capacidad de los Jueces de segunda instancia, al igual que los de primera¹¹, para valorar los medios de prueba que habían sido actuados ante el *Ad quo*, respecto a los cuales evidentemente no tenían inmediación, y para corregir la sentencia impugnada con la posibilidad de condenar al absuelto en primera instancia, el Tribunal Constitucional sentó una nueva doctrina al otorgar un amparo y revocar la sentencia dictada en apelación porque la audiencia provincial en dicho trance había

¹¹Esta doctrina sostenía que: "el juez *ad quem*, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, se halla en idéntica situación que el juez *a quo* y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*". CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. Ob. cit. p. 30. Por ello se afirmaba que en tales casos "no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia, sino de una discrepancia en la valoración de la prueba hecha por dos órganos judiciales igualmente libres para valorar en conciencia, con el resultado de que entre ambas valoraciones ha de imponerse la del Tribunal de apelación". GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto. "El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002". En: Constitución y Garantías Penales, Cuadernos de Derecho Judicial, XV-2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 296.



valorado, sin intermediación, las mismas pruebas que había llevado al Juez Penal a absolver¹². De esta manera puede afirmarse que "la principal consecuencia de esta doctrina consiste en que los Tribunales de Apelación deben aceptar que sus facultades de revisión fáctica en contra del encausado son limitadas, y que no pueden suplantar la valoración de las pruebas realizada por el juzgador de instancia, cuando por la índole de estas pruebas su valoración exige la inmediación y la contradicción¹³". Para ser más explícitos, las consecuencias de esta doctrina del Tribunal Constitucional español pueden concretarse en los siguientes puntos: **i)** la exigencia de inmediación y oralidad también cobra pleno sentido en la segunda instancia penal; **ii)** estando en segunda instancia no es posible valorar la prueba practicada ante el *Ad quo* analizando los datos escritos del proceso, sin distinguir entre los medios de prueba; es decir, no basta con que pueda "leer" las pruebas conforme consten en las actas de juicio oral; y, **iii)** el órgano de apelación también necesita "ver" y "oír" los medios de prueba, en atención a su naturaleza.

12.4.2.- Ante lo expuesto podría concluirse alternativamente lo siguiente: **i)** que, si el órgano *Ad quem* decide modificar la valoración probatoria del Juez de primera instancia, debe ubicarse en la misma posición que este, es decir, en inmediación con la actividad probatoria personal, lo que en buena cuenta implicaría repetir esta prueba en segunda instancia a efectos de que pueda "ver" y "oír" su actuación; o, **ii)** que, el órgano *Ad quem* no pueda modificar la valoración de medios de prueba en las que la inmediación es esencial, dado que no le está permitido repetir su actuación.

12.5.- Del principio de inmediación en segunda instancia en el Código Procesal Penal.

12.5.1.- El legislador peruano al parecer más inclinado a concebir la apelación, por ende la segunda instancia, como la oportunidad de revisar lo resuelto por el Juez inferior, y cuidadoso de no lesionar el

¹² Se trata de la muy citada STC 167/2002, que ha venido a constituir la fuente de una copiosa doctrina constitucional que puede considerarse dominante. Para García-Calvo y Montiel, "El recurso de apelación (...)", Ob. cit., p. 295, el germen de la sentencia citada se encuentra en otra signada con el número 31/1981, específicamente en su fundamento jurídico tercero, donde "al afirmar que son solo las pruebas practicadas en el juicio las que pueden servir para fundamentar una sentencia condenatoria, estaba otorgando al principio de inmediación su más imprescindible noción material y lo estaba incluyendo dentro del derecho a un proceso con todas las garantías".

¹³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. Ob. cit., p. 44.



principio de inmediación, ha decidido impedir que se modifique el valor probatorio de la prueba de primera instancia apreciada con inmediación; así, textualmente establece lo siguiente: "La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia"¹⁴.

12.5.2.- La opción legislativa adoptada significa una revolución en la concepción que se tenía sobre el recurso de apelación y la segunda instancia. Siempre habíamos concebido que a través de este recurso era posible cuestionar la valoración de cualquier medio de prueba actuado, a efecto que el superior con mejor criterio vuelva a valorarlos y se decida por la opción que la parte recurrente propone. Así, la nueva regulación importa una limitación al derecho a los recursos de las partes, pues, si bien puede presentarse un recurso contra una sentencia, en principio no se podrá cuestionar la valoración de la prueba personal, precisamente porque esta requiere inmediación, de la que carece el órgano *Ad quem*.

12.5.3.- En tal orden de ideas, se trata de compatibilizar la capacidad de decisión del Juez de segunda instancia con el principio de inmediación, dado que en la práctica esta desaparecía; pero es evidente que tal doctrina requiere cambiar nuestros paradigmas sobre el recurso de apelación y segunda instancia, por ello no basta identificarla con una apelación que implique un nuevo enjuiciamiento, pero, tampoco puede mantenerse el tradicional modelo de apelación como revisión de lo resuelto y con facultad plena del Juez *Ad quem* de corregir errores de valoración probatoria y de aplicación de la Ley.

12.5.4.- No obstante cabe reconocer, siguiendo a Mercedes Llorente, que si bien el órgano *Ad quem* tiene facultades para resolver cuantas cuestiones se le planteen, tanto de hecho como de derecho, especialmente en lo atinente a la declaración de los hechos probados, en la práctica, oralidad e inmediación siguen erigiéndose, aún hoy en

¹⁴ inciso 2) del artículo 425 del Código Procesal Penal.
23



día, como principales obstáculos que dificultan la eficacia y la funcionalidad de la segunda instancia penal.¹⁵

DÉCIMO TERCERO: Dicho lo anterior, estando a lo prescrito por el inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, y considerando que el legislador se decantó por la tutela de la inmediación, que queda reflejada en el impedimento de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el *Ad quo*, la posibilidad de condena en segunda instancia se remitirá a los siguientes supuestos: **i)** la condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba pericial, documental, preconstituida o anticipada, pues se concibe que estos medios de prueba no exigen imprescindiblemente de inmediación; **ii)** la condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba personal -que en principio está prohibido-, en razón a la actuación de prueba en segunda instancia que cuestiona su valor probatorio. Aquí, la objeción de ausencia de inmediación queda salvada porque en relación con la prueba en segunda instancia el órgano *Ad quem* sí tiene inmediación; y, **iii)** un tercer supuesto, aunque no está relacionado a la inmediación, sería la condena en segunda instancia debido a la corrección de errores de derecho.

DÉCIMO CUARTO: Que, si bien, el punto más conflictivo se presenta cuando la condena en segunda instancia se debe al cambio del valor probatorio de una prueba personal debido a la actuación de prueba en esta instancia; cabe precisar que aún cuando no podría cuestionarse la valoración de la prueba personal, no obstante, si el cuestionamiento se fundamenta en la prueba actuada en segunda instancia, el Juez *Ad quem* estará facultado para cambiar el valor probatorio de aquella.

DÉCIMO QUINTO: Que, aún cuando en un sistema de apelación donde esta se concibe como medio que permite la revisión de lo resuelto a efecto de corregir los errores producto de la falibilidad humana, la actuación de pruebas en segunda instancia resultaría absolutamente contradictoria, dado que con relación a ella se producirá una primera valoración, que a su vez exigirá una revisión, pero que en todo caso ya no sería posible porque se está en segunda instancia; no obstante, debemos señalar que tal situación procesal se remedia con la regulación del recurso de casación, oportunidad en la que el justiciable podrá establecer en atención a las causales previstas por el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, afectación, errónea interpretación, indebida aplicación u otros de garantías constitucionales de

¹⁵ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes. Ob. cit., p. 343.



orden material o procesal; o de normas penales sustantivas o adjetivas; y en su caso una indebida motivación en relación al objeto de decisión. Por ello, como lo señala Ferrajoli¹⁶ el valor de la doble instancia consiste en la garantía contra la ilegalidad, la arbitrariedad, el abuso o el error judicial, y si bien el Juez de segunda instancia no asegura infalibilidad, la conciencia jurídica ha determinado, así lo creemos, que las decisiones sean más legítimas (confiables) cuando han sido revisadas o al menos se ha tenido esa posibilidad. Si bien, no se está exento de las críticas que sostienen que la apelación no debe concebirse como una revisión de lo resuelto en virtud de errores o vicios que corregir, sino como la oportunidad de una nueva decisión, como el mecanismo o medio procesal que permite que otro Juez (Superior) conozca la causa y emita una decisión, siendo esta la que prevalezca.

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *Ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.

DÉCIMO SÉTIMO: Que, tal y como comparte nuestro Tribunal Constitucional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, "Los valores de la doble instancia y de la nomoflaquia". En: Nueva Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires, 1996.



una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías -cristalizado ahora en la garantía de inmediación- es eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cabrá entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia. Por ello no cabrá efectuar reproche alguno cuando la condena pronunciada en apelación -tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación- no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano *Ad quo*, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *Ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en consecuencia, es de concluir que la Sala de Apelaciones está facultada legalmente para condenar en segunda instancia a un justiciable que fue absuelto en primera instancia, lo cual está supeditado a una actuación probatoria en la audiencia de apelación con fiel respeto al principio de inmediación y que la prueba actuada tenga entidad suficiente para enervar el *status* de inocencia del encausado previsto en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado; que, en tal virtud, como en el caso de autos se advierte que la audiencia de



apelación se circunscribió a escuchar los alegatos de las partes, esto es, no se actuó prueba alguna para que se varíe sustancialmente el juicio de valor de la sentencia de primera instancia, dicha sentencia de segunda instancia debe ser anulada al haberse expedido con plena afectación a las normas procesales vigentes y por ende a la garantía genérica del debido proceso.

DÉCIMO NOVENO: Que, asimismo, estando a las particularidades del caso en concreto, este Supremo Tribunal considera viable emitir un pronunciamiento de fondo sobre la sentencia emitida en primera instancia; que, en efecto, se evidencia una clara vulneración al principio constitucional del deber de motivación de las resoluciones judiciales previsto en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y en el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las cuales imprimen al sistema de administración de justicia la obligación de justificar sus decisiones de modo adecuado; que, en efecto, una debida motivación es aquella decisión que se sustenta en criterios de racionalidad y razonabilidad, esto es, respetando las pautas de la lógica formal y las reglas de la experiencia ciñéndose a lo previsto por el derecho y las conductas sociales aceptadas, de no ser así, se originaría el vicio procesal llamado motivación defectuosa en sentido estricto, la que indudablemente vulnera el principio lógico de congruencia.

VIGÉSIMO: Que, en el presente proceso, estamos ante un caso de motivación insuficiente al objeto de decisión, pues resulta patente que la presente causa requería especiales cuidados en la apreciación y valoración de la prueba, en tanto tratándose de un delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado por apropiación para terceros no se analizó en forma adecuada la constatación fiscal de fecha veintitrés de julio de dos mil ocho, realizada en la obra de mejoramiento de canal de riego Manzanayo de la ciudad de Omate en la que se constató que de los treinta y tres trabajadores registrados, sólo estuvieron presentes veintiuno; que, asimismo, para concluir en la absolución del encausado Jorge Manuel Sotomayor Vildoso se valoró el cuaderno de personal de la obra de mejoramiento de canal de riego La Retama y no la obra en la que en realidad se venían efectuando trabajos; que, asimismo, no se valoró en forma debida las declaraciones testimoniales de diferentes personas que afirmaron que no laboraron en la obra, no obstante lo cual figuran como que trabajaban en la mencionada obra; que, además, tampoco se tomó en cuenta la planilla de remuneraciones del personal que laboraba en la obra, en la que se advierte que varios trabajadores cobraron sin haber estado presente en la obra.



VIGÉSIMO PRIMERO: Que, por consiguiente, a fin de garantizar efectivamente los principios básicos del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva debe anularse la sentencia materia de grado y disponerse se lleve a cabo un nuevo Juicio Oral por otro Juzgado Colegiado y se emita nueva sentencia.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por los encausados Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar al no haber concurrido a la audiencia de casación.

II. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado Jorge Manuel Sotomayor Vildoso; en consecuencia: **CASARON** y declararon **NULA** la sentencia de vista de fojas trescientos veintinueve, de fecha veintiocho de marzo de dos mil doce, que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, en el extremo que absolvió a los antes citados del primer hecho que se les atribuyó (descrito en el acápite uno punto uno de la parte expositiva), por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro; reformándola condenó a los antes aludidos encausados como cómplices primarios del delito antes mencionado y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; y, **CON REENVÍO** declararon **NULA** la sentencia de primera instancia de fojas ciento setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, en el extremo que absolvió al encausado Jorge Manuel Sotomayor Vildoso del primer hecho que se les atribuyó (descrito en el acápite uno punto uno de la parte expositiva), por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro.

III. **ORDENARON** se lleve a cabo un nuevo juzgamiento del encausado por otro Juzgado Colegiado y se emita nueva sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia de casación; y los devolvieron.

IV. **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos décimo tercero al décimo octavo de la presente sentencia casatoria.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

V. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la Instancia, incluso a las no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo Villa Stein.-

SS.

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

BA/r n p.

09 MAY 2014

SE PUBLICO CONFORME LA LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO MORALES PARRAGUEZ:

PRIMERO: En un proceso penal a diferencia del proceso civil, frente a la imposición de una condena, privativa de la libertad del imputado, rige de manera imperiosa el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que textualmente prescribe: *"Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley..."*. Los jueces penales por mandato constitucional (*IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú*), tenemos la obligación de cumplir y hacer cumplir los instrumentos de protección de Derechos Humanos, en especial, cuando se trata de un procesado sobre el cual ha recaído una condena privativa de libertad.

SEGUNDO: Estando a lo expuesto en el décimo y décimo primer considerando de la presente Ejecutoria, se sostiene la posibilidad de que la Sala Penal de la Corte Suprema, tiene competencia para volver a discutir la validez de una interpretación normativa que ha sido afirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, cabe indicar que dicha interpretación debe ser desarrollado, explicaba y superada conforme a lo dispuesto por el artículo 14.5 antes citado. En ese sentido, considero que de acuerdo a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, no existe interpretación justificatoria procesal, menos legislativa que, faculte que un acusado absuelto sea condenado, en sede de apelación, pues ello significaría **"una condena en instancia única"**, ante la imposibilidad de no existir un recurso impugnatorio de configuración legal, que habilite la revisión del fallo, en otra "instancia" ordinaria.

En el presente caso, al no existir esta posibilidad procesal, toda vez que el recurso de casación no es una instancia donde se actúen pruebas, debe necesariamente habilitarse un nuevo juzgamiento oral (a nivel de primera instancia), en cuyo escenario, se emita una nueva sentencia y se garantice que en caso de que la decisión sea de condena, ésta pueda ser recurrida.

Por lo antes expuesto, expreso mi discrepancia con el considerando 12.1.11, en cuanto sostiene: *"... siendo ello así, la condena del absuelto, habilitada por las normas procesales objeto de evaluación, no es perse incompatible con la*

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195-2012
MOQUEGUA**

Constitución Política del Estado... ", en razón a que debe imperar en este caso, lo normado o prescrito por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

S.

MORALES PARRAGUEZ

09 MAY 2014

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. RILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

ANEXO 03

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO MOHAMED VS. ARGENTINA

SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012 (EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)

En el caso *Mohamed*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la Corte Interamericana", "la Corte" o "el Tribunal"), integrada por los siguientes jueces¹:

Diego García-Sayán, Presidente;
Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente;
Margarette May Macaulay, Jueza;
Rhadys Abreu Blondet, Jueza;
Alberto Pérez Pérez, Juez, y
Eduardo Vio Grossi, Juez;

presentes además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o "la Convención") y con los artículos 31, 32, 42.6, 65 y 67 del Reglamento de la Corte² (en adelante "el Reglamento"), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

¹ De conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte Interamericana aplicable al presente caso (*infra* nota 2), que establece que "[e]n los casos a que hace referencia el artículo 44 de la Convención Americana, los Jueces no podrán participar en su conocimiento y deliberación, cuando sean nacionales del Estado demandado", el Juez Leonardo A. Franco, de nacionalidad argentina, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia.

² Reglamento de la Corte aprobado por el Tribunal en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Tabla de Contenido		Párrafos
I.	INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA	1-3
II.	PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	4-19
III.	EXCEPCIÓN PRELIMINAR	20-28
IV.	COMPETENCIA	29
V.	PRUEBA	30-37
	A) Prueba documental, testimonial y pericial	31
	B) Admisión de la prueba	32-37
	B.1) Admisión de la prueba documental	32-34
	B.2) Admisión de la declaración de la presunta víctima y de la prueba pericial	35-37
VI.	HECHOS PROBADOS	38-61
	A) Proceso penal contra el señor Mohamed	40-50
	B) Recursos judiciales posteriores	51-60
	C) Consecuencia de la inhabilitación penal para conducir	61
VII.	DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES, EN RELACIÓN CON EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO Y OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS	62-126
	A) Introducción	62-64
	B) Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes	65-78
	B.1) Alegada violación al derecho de recurrir del fallo (artículo 8.2.h. de la Convención) en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención)	65-68
	B.2) Alegada violación a la garantía de concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa (artículo 8.2.c de la Convención)	69-71
	B.3) Alegada violación al deber de motivación y al derecho a ser oído (artículo 8.1 de la Convención)	72-73
	B.4) Alegada violación a la protección judicial (artículo 25.1 de la Convención)	74-76
	B.5) Alegada violación al derecho protegido en el artículo 8.4 de la Convención	77-78
	C) Consideraciones generales de la Corte	79-85
	D) Derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior (artículo 8.2.h. de la Convención) en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención)	86-119
	D.1) Alcance del artículo 8.2.h de la Convención con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución	88-95
	D.2) Contenido del derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria	96-101
	D.3) Sobre la alegada imposibilidad de recurrir la sentencia condenatoria por parte del señor Mohamed y las vías procesales a que tuvo acceso en el marco jurídico argentino a la luz del artículo 8.2.h de la Convención	102-112
	D.4) Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno (artículo 2 de la Convención Americana) en	113-119

	relación con el derecho a recurrir del fallo	
	E) Alegada violación al derecho protegido en el artículo 8.4 de la Convención Americana	120-126
VIII.	ALEGADA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ARTÍCULO 9), EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS	127-139
	A) Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes	127-129
	B) Consideraciones de la Corte	130-139
IX.	REPARACIONES (APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)	140-187
	A) Parte Lesionada	144-147
	B) Garantizar al señor Mohamed el goce del derecho protegido en el artículo 8.2.h de la Convención	148-152
	C) Medida de satisfacción: publicación y difusión de la Sentencia	153-155
	D) Otras medidas solicitadas	156-162
	E) Indemnización compensatoria por daños material e inmaterial	163-172
	F) Costas y gastos	173-177
	G) Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas	178-180
	H) Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados	181-187
X.	PUNTOS RESOLUTIVOS	188