



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
FILIAL-AREQUIPA

**LA CONDENA DEL ABSUELTO EN SEGUNDA INSTANCIA Y LA
VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS**

Tesis presentada por la Bachiller en
Derecho **CARMEN BALBOA**
SARMIENTO para obtener el Título
Profesional de **ABOGADO**.

Arequipa - 2015

DEDICATORIA

Quiero dedicarle este trabajo a DIOS, quien siempre guía mi camino, a mis padres por estar ahí cuando más lo necesito, a mis hermanos por estar siempre junto a mí, a pesar de los malos y buenos momentos, a esa persona especial por estar siempre a mí lado y sobre todo al Doctor Héctor Huanca Apaza por confiar en mí y por su apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTO

Agradezco de manera especial y sinceramente a DIOS por iluminar mi camino, al Doctor Héctor Huanca Apaza por creer en mi capacidad y desarrollo personal, a mis padres Roberto y Primitiva por su ayuda y constante cooperación, a mi padrino Luis por su apoyo incondicional, a mis hermanos Noemi, Mayumi, Franklin y Félix por confiar en mí e impulsarme a ser mejor, a esa persona especial Edwin por ser mi razón a seguir adelante, a mi familia en general por sus consejos y confianza, a mis asesores que aportaron sus conocimientos y experiencia, que fueron fundamentales para la realización de esta tesis.

RESUMEN

La presente tesis busca desarrollar un estudio específico en cuanto a la “Condena del Absuelto”, establecido en el artículo 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, el mismo que faculta al superior jerárquico, en este sentido: *“si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria”*.

La facultad concedida al superior jerárquico de condenar al absuelto contraviene los derechos y garantías que los tratados internacionales, la Constitución y el Nuevo Modelo Procesal Penal proclaman.

Por lo dicho anteriormente, se vulnera el derecho a la doble revisión de la condena, así como también el derecho a la impugnación del condenado en segunda instancia, menoscabando 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.

Por tanto, se restringe de manera drástica el derecho del imputado a recurrir el fallo que le causa agravio, quebrantando el espíritu y sentir del Nuevo Modelo Procesal Penal, ya que esta norma es garantista, porque establece un tipo de proceso que integra de modo redoblado garantías procesales o escudos protectores del imputado, que tienen que ser respetados por quienes imparten justicia.

Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratan del derecho que tiene el condenado a la doble revisión de la condena, así como el derecho a la impugnación, cuyas configuraciones y ejercicios no se presentan cuando solo queda como medio impugnatorio la casación, debido a que únicamente se trata de una mera discusión de derecho.

Razón por la cual, se debe respetar el derecho a la pluralidad instancias, ya que es una de las garantías esenciales del debido proceso, y con él se busca que lo dispuesto por un Juez *A Quo*, pueda ser revisado por un órgano legal y funcionalmente superior, permitiendo que lo resuelto sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional.

Finalmente es necesario saber que el nuevo modelo Procesal Penal introduce una serie de garantías para una adecuada investigación y mejorar el servicio de administración de justicia y a la vez garantizar los derechos de los ciudadanos que se encuentran sometidos a un proceso; pero dentro de este cuerpo normativo se ha podido establecer que existen disposiciones como "*La Condena del Absuelto*" que no se condicen con el debido proceso y sobre todo contravienen los tratados internacionales.

ABSTRACT

This thesis aims to develop a specific study regarding the "Condemnation of Acquitted" established in section 425, subsection 3, paragraph b) of the new Criminal Procedure Code, the same empowering the superior, in this sense: "if first instance verdict is acquittal may convict".

The rights accorded to the superior to condemn the acquittal contravene the rights and guarantees that international treaties, the Constitution and the new Criminal Procedural Model proclaim.

As mentioned above, the right to a review of the conviction as well as the right to challenge the condemned on appeal is violated, undermining the constitutional right to an effective remedy, as it is the conviction of Acquitted the first sentence, ie failure is the first cause offense the accused.

Therefore, drastically restricting the defendant's right to appeal a judgment that causes offense, breaking the spirit and feel of the New Penal Process Model, as this rule is guarantor, because it establishes a kind of process that integrates so redoubled process or shields of the accused, which must be respected by those who administer justice.

And the International Covenant on Civil and Political Rights and the American Convention on Human Rights, dealing with the right of the convicted to double review of the conviction as well as the right to challenge, whose settings and exercise do not occur when there is only as medium contesting the appeal, because it is a mere discussion of law only.

Why, they must respect the right to request plurality, as it is one of the essential guarantees of due process, and with it is intended that the provisions for a national court, may be reviewed by a legal body and functionally top, allowing the decision is subject to a double judicial decision.

Finally you need to know that the new Criminal Procedural model introduces a series of guarantees for adequate research and improve the service of justice while ensuring the rights of citizens who are subjected to a process; but within this body of law it has been established that there are provisions such as "The Condemnation of Acquitted" are not consistent with due process and violate all international treaties.

CONTENIDO

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Resumen.....	iv
Contenido.....	viii
Introducción.....	xiii

CAPÍTULO I EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	1
1.2. DELIMITACION DE LA INVESTIGACIÓN	5
1.2.1. Delimitación Social	5
1.2.2. Delimitación Espacial	6
1.2.3. Delimitación Temporal	6
1.3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	6
1.3.1. Problema Principal	6
1.3.2. Problemas Secundarios	7
1.4. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN	7
1.4.1. Objetivo General	7
1.4.2. Objetivos Específicos	7
1.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA	7
1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	8

CAPITULO II MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	9
2.1.1. Antecedentes históricos	9
2.1.2. Antecedentes científicos	12
2.1.3. Antecedentes empíricos	18
2.2. GARANTÍAS EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO	18
2.2.1. El garantismo procesal	18
2.2.2. Garantía y eficacia en el proceso penal	20
2.2.3. Garantías constitucionales en el proceso penal	21
A. Consideraciones generales	21
B. Garantía constitucional del individuo en el proceso penal	23
C. Las garantías genéricas del proceso penal peruano	24
1. El derecho a la tutela judicial efectiva	24
2. El derecho al debido proceso penal	37
3. Derecho a la presunción de inocencia	45
4. Derecho de defensa	47
D. Las garantías específicas del proceso penal peruano	56
E. Las garantías mínimas del proceso penal en el contexto del derecho internacional	60

2.2.4. Teorías que amparan el garantismo	65
A. Teoría del Garantismo	65
B. Teoría general del garantismo	67
C. Teoría del garantismo procesal	69
2.3. PRINCIPIO DE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS	70
2.3.1. Definición	70
2.3.2. El derecho fundamental de la pluralidad de instancias	73
2.3.3. Pluralidad de instancia y tratados internacionales	76
2.3.4. Doble instancia como contenido constitucional del derecho a la pluralidad de instancias	77
2.3.5. Finalidad de la doble instancia o doble grado de jurisdicción	79
2.3.6. Normativa Internacional	81
A. Convención Americana sobre Derechos Humanos	81
B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	81
C. Corte Interamericana de Derechos Humanos	82
2.3.7. Teorías que amparan la doble instancia	84
A. Teoría del derecho al doble conforme	84
B. Teoría de la doble instancia como “ <i>ultra garantía</i> ” contemplada en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.	90
C. La teoría de los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia de Luigi Ferrajoli	97
2.4. MEDIOS IMPUGNATORIOS	106
2.4.1. Definición	106
2.4.2. Naturaleza jurídica de los medios impugnatorios	109
A. La impugnación y el derecho de acción	109
B. La impugnación y los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva	110
C. Impugnación y principio de control jurisdiccional	114
D. Impugnación y reconocimiento normativo	116
2.4.3. Fundamentos de los medios impugnatorios	118
A. Fundamentos genéricos	118
B. Fundamentos específicos	121
2.4.4. Medios impugnatorios: exigencia constitucional	131
2.4.5. Componentes de la impugnación	136
2.4.6. Principios de la impugnación	138
2.4.7. Principios políticos de la impugnación	141
2.4.8. Principios de los Recursos en el Código Procesal Penal	143
2.4.9. Recursos	147
2.4.10. Efectos de los recursos	154
2.4.11. Presupuestos de los recursos	156
2.4.12. Finalidad de los recursos	158
2.4.13. Legitimación activa	160
2.4.14. Clasificación de los medios impugnatorios	161
A. El recurso de apelación	164
1. Concepto	164
2. Efectos de la Apelación	171
3. Los Sistemas de Apelación	173

4. Ámbito de aplicación	175
5. Trámite del Recurso de Apelación en el NCPP 2004	182
6. Características	186
7. Legitimación para recurrir	188
8. Quienes pueden apelar	192
9. El recurso de apelación. Cumplimiento efectivo de la doble instancia	194
B. Recurso de casación	199
1. Concepto	199
2. Naturaleza jurídica	203
3. Características de la casación penal	203
4. Fines de la casación	208
5. Presupuestos de la casación penal	210
6. Causales del recurso de casación	220
7. Trámite del recurso de casación	239
2.4.15. Teoría que ampara el derecho a la impugnación del recurso de apelación	242
A. Teoría general de la impugnación penal	242
2.5. CONDENA DEL ABSUELTO	244
2.5.1. La institución procesal de la condena del absuelto en el nuevo código procesal penal	244
2.5.2. El derecho al recurso del condenado en segunda instancia	247
2.5.3. Los alcances y justificación del artículo 425º, inciso 3, literal b) del código procesal penal	251
2.5.4. ¿Se afecta con la condena del absuelto la garantía de la doble instancia establecida en el artículo 139º, inciso 6 de la constitución? ¿El código procesal penal es contrario al mandato del artículo 14º, inciso 5 del pacto internacional de derechos civiles y políticos?	257
2.5.5. Posiciones adoptadas por la jurisdicción internacional respecto a la condena del absuelto	261
A. Posición de los países europeos y americanos	261
B. Posición del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	286
C. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	287
2.5.6. Posiciones asumidas por los órganos jurisdiccionales del Perú	310
A. Posición asumida por la Corte Suprema de justicia	310
B. Posiciones de las Salas penales Superiores	314
2.5.7. Efectos de la aplicación del 425º inciso 3 literal b, del Nuevo Código Procesal Penal	319
A. Violación al principio de imparcialidad	319
B. Violación al principio de igualdad de armas	321
C. Tránsito al derecho de defensa	322
D. Vulneración al principio de pluralidad de instancias	325
E. Vulneración al principio de intermediación	326
2.6. BASES LEGALES	331
2.7. DEFINICIÓN DE TERMINOS BÁSICOS	331

CAPITULO III
HIPOTESIS Y VARIABLES

3.1. HIPOTESIS Y VARIABLES	337
3.1.1. Hipótesis	337
3.1.2. Operacionalización de Variables	337
a. Variable Independiente:	337
b. Variable Dependiente:	338

CAPITULO IV
METODOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	339
4.2. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN	340
a. Por su amplitud.	340
b. Por su alcance temporal.	340
c. Por su relación con la práctica.	340
d. Por su naturaleza.	340
e. Por su carácter.	341
4.3. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	341
4.4. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	341
4.5. POBLACIÓN	341
4.6. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	342
4.6.1. Técnicas.	342
4.6.2. Instrumentos.	342
A. MATRIZ DE INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN	343
4.6.3 Criterios de Validez y Confiabilidad de los Instrumentos	344

CAPITULO V
ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

5.1. ANALISIS DE DATOS	347
1.5.1. Elaboración del cuestionario de preguntas	347
5.2. ANALISIS E INTERPRETACIÓN DOCUMENTAL	361
5.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	366

CAPITULO VI
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES	369
6.2. RECOMENDACIONES	370

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	372
-----------------------------------	-----

ANEXOS

Anexo "A" – Instrumento	
Anexo "B" – Matriz de Consistencia	

Anexo "C" – Juicio de Expertos

Anexo "D" – Proyecto de Ley

Anexo "E" – Consulta de la Corte Suprema de Justicia de la Republica

Anexo "F" – Sentencia de Vista de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

Anexo "G" – Sentencia de Vista de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

Anexo "H" – Sentencia de Vista de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

Anexo "I" – sentencia de Casación de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se ha generado, debido a que existen disposiciones como la Condena del Absuelto, que contravienen el contenido de la Constitución, de las normas internacionales y del Código Procesal Penal, ya que dicha disposición limita de manera drástica el derecho del imputado a recurrir el fallo que le causa agravio, vulnerándose de esta manera los derechos y garantías del procesado.

La importancia del trabajo está determinada por su relevancia jurídica, ya que la Condena del Absuelto está establecida en el Nuevo Modelo Procesal Penal, cuerpo legal que introduce una serie de garantías procesales para el imputado, así mismo se ha podido establecer disposiciones como la antes indicada, que contravienen normas fundamentales, la cual devienen en inconstitucional.

En cuanto a la problemática jurídica que se tiene del presente trabajo de investigación, es que nuestro sistema procesal penal se sujeta al modelo acusatorio, en donde el individuo ocupa el rol central, por lo que el legislador debe establecer los mecanismos para que se respete su libertad, derecho de defensa y su derecho a probar, sin embargo, en la norma antes indicada se ha identificado algunas inconstitucionalidades como la Condena del Absuelto, el mismo que contraviene las normas internacionales; por lo tanto, nos parece oportuno identificar las falencias constitucionales como la “*condena del absuelto*”, a fin de garantizar la imparcialidad del Juez, así como el respeto irrestricto a las garantías que goza todo ciudadano sometido a un proceso penal.

El objetivo de este trabajo es, hacer respetar los derechos y garantías del procesado, tal como lo establecen las normas fundamentales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y principalmente el Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos, y en específico la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Penal, y así garantizar la legalidad y la responsabilidad contra la arbitrariedad.

De las conclusiones podemos decir que: como primera conclusión, se analizó la Condena del Absuelto, teniendo como resultado que dicha disposición restringe el derecho del imputado a recurrir el fallo que le causa agravio mediante el recurso ordinario, por lo que se le niega al procesado la interposición de un recurso ordinario que habilite la revisión de la que es en realidad, la primera condena, es decir el primer fallo en causarle agravio; en cuanto a la segunda conclusión se analizó que el Principio de la Pluralidad de Instancias respecto a la condena exige de cuando menos del recurso de Apelación, ya que es una de las garantías esenciales del debido proceso, y con él se busca que lo dispuesto por un Juez *A Quo*, pueda ser revisado por un órgano legal y funcionalmente superior; en cuanto a la tercera conclusión se analizó la Condena del Absuelto y el Principio de la Pluralidad de instancias, teniendo como resultado que el acceso a una instancia superior corresponde a un derecho del justiciable, en esa medida la Condena del Absuelto sí vulnera el principio de la pluralidad de instancias, al no habilitarse el derecho a impugnar un recurso ordinario para quienes son condenados por primera en sede de segunda instancia.

Finalmente cabe señalar los capítulos en los que se desarrolló el presente trabajo de investigación: el capítulo I consta de la descripción de la realidad problemática, delimitación de la investigación, problema de investigación, objetivos de investigación, justificación e importancia y limitaciones de la investigación; el capítulo II consta de los antecedentes de la investigación, garantías en el nuevo proceso penal peruano, principio de la pluralidad de instancias, medios impugnatorios, condena del absuelto, bases legales y definición de términos básicos; el capítulo III consta de la hipótesis y variables; el capítulo IV consta del diseño de investigación, tipo y nivel de investigación, enfoque de la investigación, método de la investigación,

población, técnicas e instrumentos de recolección de datos; el capítulo V consta del análisis de datos, análisis e interpretación documental y de la discusión de resultados; y el capítulo VI consta de las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

En la actualidad nos encontramos frente a un problema que surge debido a la implementación del Artículo 425°, inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, el mismo que es la Condena del Absuelto, mediante el cual faculta al superior jerárquico, en este sentido: *“Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria” (caso Jorge Ccanahuire Adcco - Arequipa y Víctor Chillón Durand - Cajamarca, ambos por el delito contra la Libertad Sexual – Violación de menor de edad), dado que en nuestra ciudad la condena en segunda instancia ha sido cuestionada por los jueces superiores, por lo que contraviene las garantías pregonadas en el Nuevo Código Procesal Penal y el derecho a la doble instancia.*

Lo lamentable de este problema es que *niega al procesado la interposición de un recurso ordinario que habilite la revisión de la que es en realidad, la primera condena*, resulta un procedimiento inconstitucional y, por ende, contrario a la orientación acusatorio garantista del nuevo modelo procesal penal.

Según el contenido constitucional, procesalistas como **Doig Díaz** sostiene, 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, pero en realidad echamos mano de un tecnicismo jurídico, para enmascarar la vulneración a la tutela judicial efectiva del imputado.

Asimismo el Tribunal Constitucional, indica que 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”**. Se ha pronunciado en el caso COMPAÑÍA DE RADIODIFUSIÓN AREQUIPA S.A.C., al señalar que la pluralidad de instancias **“tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior”**.

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, **la condena del absuelto es inconstitucional, se sostiene que dicha regulación vulnera el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, documento que forma parte del bloque de constitucionalidad en nuestro país, que en su artículo 14º, inciso 5, señala 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”**. **El contenido del derecho a recurrir o a impugnar los fallos gravosos,**

no se agota con la posibilidad de acceder al Tribunal de alzada, sino con el hecho de someter a re evaluación el contenido de la sentencia que es contraria a los intereses de las partes. Es ese derecho el que se procura salvaguardar en pro de quien es condenado por primera vez en segunda instancia.

Entonces el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es claro en establecer que la impugnación del fallo condenatorio no es una posibilidad ni una facultad sometida al poder discrecional de los órganos de justicia, consiste en un derecho directamente reconocido al imputado. ***Derecho además que, para que se vea salvaguardado, no bastará con habilitar la casación como vía excepcional de impugnación, sino que requerirá de una efectiva revisión del fallo, conforme tuvo su oportunidad de ejercerlo el Ministerio Público o la Parte Civil, respecto a la absolución de primera instancia.***

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Mohamed vs Argentina (del veintitrés de noviembre de dos mil doce), y en el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica (del dos de julio del dos mil cuatro), dejó establecido que el contenido de la garantía que otorga el Artículo 8° inciso 2 literal h) de la Convención (derecho a impugnar el fallo) busca proteger el derecho de defensa y que dicho dispositivo legal se encuentra inequívocamente vinculado a la efectiva utilización de un recurso ordinario, accesible y eficaz. Así mismo, considero insuficiente que solo se autorice contra la sentencia de segunda instancia el recurso de casación y no el de apelación, por constituir un recurso que mayores garantías ofrece a las partes.

Por tanto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José-, teleológicamente tratan del ***derecho que tiene el condenado al doble examen y a la doble revisión de la condena, así como el derecho a la***

impugnación, cuyas configuraciones y ejercicios no se presentan cuando solo queda como medio impugnatorio la casación, debido a que únicamente se trata de una mera discusión de derecho y de distinta naturaleza (extraordinario).

Sin embargo, en nuestro país este problema no ha sido resuelto, por lo que merece un trato especial por parte del ordenamiento jurídico (Código Procesal Penal), porque condenar a un absuelto sin tener opción a un recurso impugnatorio, contraviene las garantías pregonadas por el Código Procesal Penal y el derecho a la doble instancia, ***es por ello que se debería modificar el Artículo 425°, inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, por lo que limita 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.

Es por ello, que la condena del absuelto en segunda instancia por primera vez, se construye sobre la base de un procedimiento deficiente, contrario al contenido constitucional y a la orientación del modelo del Procesal Penal, y que ***restringe, 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.

Así el derecho a la ***pluralidad de instancias respecto a la condena, para la doctrina mayoritaria, ha de entenderse como la exigencia de cuando menos del recurso de apelación.***

Por tanto, se busca establecer que la condena del absuelto afecta lo regulado tanto en el Artículo 139° inciso 6 de la Constitución Política del Perú, en el Artículo 14° inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el Artículo 8° inciso 2 literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque toda persona declarada culpable, sea en primera instancia o recién en sede de segunda instancia, tiene el derecho potencial de que dicha condena sea revisada en forma integral por un órgano jurisdiccional superior, debiéndose rechazar la casación penal como solución a este problema, por lo que no es un medio impugnatorio de carácter ordinario; de esta manera se permitiría una garantía de la legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad y se aportaría en el desarrollo del país protegiendo el derecho fundamental como es la doble conformidad judicial de la condena, así mismo prevenir futuras sanciones internacionales.

1.2. DELIMITACION DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. Delimitación Social

El presente trabajo de investigación es relevante desde el punto de vista social, porque se trata de una problemática referida a la vulneración del derecho a la doble instancia del condenado, por lo que se limita 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; es por ello que se debería modificar el Artículo 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, en tanto se implante una Ley que habilite otra Sala Penal Superior para una revisión amplia de la sentencia que condena al absuelto, de esa manera se garantizaría los derechos fundamentales del condenado en segunda instancia.

1.2.2. Delimitación Espacial

El presente trabajo de investigación se realizara en la ciudad de Arequipa.

1.2.3. Delimitación Temporal

El presente trabajo de investigación se viene realizando desde el año 2013 hasta la actualidad - 2015.

1.3. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.3.1. Problema Principal

¿Por qué el Artículo 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, respecto de la condena del absuelto en segunda instancia vulnera el principio de la pluralidad de instancias, Arequipa-2015?

1.3.2. Problemas Secundarios

- a) *¿Por qué la condena del absuelto en segunda instancia restringe el derecho del imputado a recurrir el fallo mediante el recurso ordinario?*
- b) *¿Por qué el principio de la pluralidad de instancias respecto a la condena exige de cuando menos del recurso de apelación?*
- c) *¿Qué relación existe entre la Condena del Absuelto y el Principio de la Pluralidad de instancias?*

1.4. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo General

a. Analizar el Artículo 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, respecto de la condena del absuelto en segunda instancia que vulnera el principio de la pluralidad de instancias.

1.4.2. Objetivos Específicos

- a. Analizar la condena del absuelto en segunda instancia que restringe el derecho del imputado a recurrir el fallo mediante el recurso ordinario.*
- b. Analizar el principio de la pluralidad de instancias respecto a la condena que exige de cuando menos del recurso de apelación.*
- c. Analizar la Condena del Absuelto y el Principio de la Pluralidad de Instancias.*

1.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

El presente trabajo de investigación, se basa en el derecho que tiene el condenado al doble examen y a la doble revisión de la condena, así como el derecho a la impugnación, cuyas configuraciones y ejercicios no se presentan cuando solo queda como medio impugnatorio la casación, debido a que únicamente se trata de una mera discusión de derecho, por lo que se vulnera el principio de la pluralidad de instancias; por tanto la modificatoria del Artículo 425°, inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, garantizaría el respeto de las garantías judiciales inherentes a los derechos humanos, fortaleciendo el Estado de Derecho y la plena efectividad del nuevo modelo Procesal Penal.

Dado que este problema de investigación, ha sido poco investigado científica y jurídicamente, es de relevancia jurídica, tratar sobre la condena del absuelto en segunda instancia, por lo que niega al procesado la interposición de un recurso ordinario que habilite la revisión de la que es en realidad, la primera condena; por lo tanto no se cumple con el objetivo que las normas internacionales, la constitución y el Código Procesal Penal implantan, porque se restringe el principio de la pluralidad de instancias; es por ello que se debe modificar el Artículo 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, mientras se habilite otra Sala Penal Superior donde el condenado tenga la oportunidad de impugnar un recurso ordinario que es la apelación y así tener una revisión amplia, lo cual permitiría forzar la seguridad jurídica para el desarrollo ordenado y uniforme de nuestro sistema jurídico acorde con las decisiones de tribunales supranacionales que la Constitución vigente reconoce.

A través del presente trabajo de investigación se pretende lograr resultados que puedan alcanzarse, tales como el contar con una información adecuada y necesaria para el estudio de los docentes y alumnos, lo cual ayudara de manera significativa en la investigación.

1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La principal limitación ha radicado fundamentalmente en la carencia de libros en la biblioteca de la Universidad Alas Peruanas, así como también en otras bibliotecas de los diferentes lugares que se ha visitado, respecto al presente trabajo de investigación.

CAPITULO II MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Antecedentes históricos

El Modelo Procesal Penal instaurado de manera progresiva en el territorio nacional, es sometido a muchos debates enmarcado dentro del Derecho Constitucional a la libertad de expresión, sobre determinados temas que consideramos conveniente. En ése entender, el Código Procesal Penal, trae consigo la denominada **“condena al absuelto”**, que conforme manifiestan los profesores **Oré Guardia, San Martín Castro, Rodríguez Hurtado, Salas Arenas** y otros, no existía en el tan criticado Código de Procedimientos Penales, sino que es una innovación de éste nuevo sistema procesal.

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 nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral”**. Sin

embargo con el nuevo sistema procesal surge la Condena del Absuelto, mediante el cual faculta al superior jerárquico, en este sentido: **“Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria”**; por lo que se tiene que en Huaura, a los 6 días del mes de octubre del año 2009, la Sala Superior Penal, decidió revocar la sentencia absolutoria de don *Alberto Canchari Melgar*, reformándola en condena. En Arequipa a los 22 días del mes de junio del año 2010, la Sala Superior Penal, emitió la sentencia en el caso *Canahuire Adcco*, expediente N° 2008-12172, disponiendo que se eleve en consulta ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema del Perú, conforme establece la ley, refiriéndose a la inconstitucionalidad del Artículo 425° inciso 3 literal b), y en pleno conocimiento de lo señalado en el fundamento 163 de la Sentencia *Herrera Ulloa VS Costa Rica* precisa **“El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen”**. En Lima, a los 14 días del mes de septiembre del año 2010, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitió la decisión de absolución de consulta 2491-2010 Arequipa, desaprobándola.

Así mismo en Lima a los 04 días del mes de noviembre del año 2010 se llevó a cabo la segunda sesión del VI Pleno Supremo Penal con participación de la sociedad civil, donde los integrantes de las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en cumplimiento de lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, llevaron a cabo dicho evento, que tenía como agenda para el debate, la aprobación de 7 puntos propuestos para dicho certamen. Dicho acontecimiento, en éste tema -condena al absuelto-, tuvo como expositores al Juez Superior **Jorge Luís Salas Arenas** y los

Doctores **Arsenio Oré Guardia, Fernando Ibérico Castañeda y Roberto Pereira.**

Por tanto, en Lima a los 15 días del mes de diciembre del año 2010, se publicaron los acuerdos adoptados con motivo del VI Pleno de la Corte Suprema, que tuvo como resultado la aprobación solamente de 6 temas, no logrando los votos necesarios para emitir un acuerdo jurisprudencial sobre el séptimo aspecto -único punto pendiente de aprobación-, precisamente la “*condena al absuelto*”. Abordar éste tema, apreciando el resultado del evento mencionado precedentemente, nos conduce a analizar las posturas que generan discordia académica, entre quienes creemos que el artículo 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal es inconstitucional por vulnerar el derecho a la doble instancia, en tanto y en cuanto se contrae al derecho a impugnar y los otros derechos conexos; respetando los criterios de quienes señalan lo contrario, teniendo en cuenta que finalmente la disimilitud, constituirá un factor determinante para la consolidación de un derecho procesal penal garantista.

Con el Código Procesal Penal se ha avanzado considerablemente al establecer que la revisión de las sentencias emitidas en primera instancia se ha de llevar a cabo en base a un juicio ante el órgano revisor, que se desarrolle con las características fundamentales de oralidad, publicidad y contradicción, con la probabilidad de nueva actuación probatoria -artículo 422° del CPP- (por tanto, no solo del análisis documental, como ocurría con el C de PP de 1940).

2.1.2. Antecedentes científicos

A. Yolanda Doig Díaz, Perú – 2004

Bajo el término *recursos* cabe entender el conjunto de actos de postulación, a través de los cuales la parte perjudicada por una determinada resolución judicial puede obtener su revisión, bien por el mismo órgano judicial autor de la misma, bien por otro superior, con la finalidad de incrementar las garantías de justicia de las resoluciones judiciales.

Apelación y casación pertenecen a la categoría de recursos, aun cuando guarden importantes diferencias entre sí. La primera tiene una naturaleza ordinaria, la segunda es extraordinaria. Su finalidad es distinta: la apelación entraña una revisión de la decisión judicial, en tanto que la casación pretende unificar la jurisprudencia. El recurso de apelación será resuelto por los superiores jerárquicos repartidos en el territorio mientras que la casación, a la vista de su carácter singular, solo corresponde a un Tribunal, la Corte Suprema.

Tras describir el sistema de recursos vigente en el ordenamiento peruano, se tendrá como objetivo poner de relieve la necesidad de articular un sistema de recursos coherente que delimite las respectivas parcelas de la casación y de la apelación.

Dado que está dirigido al estudio y discusión de la reforma del proceso penal peruano, es precisamente a su sistema de recursos al que se harán continuas referencias. Ello no significa en absoluto mantener distancia de las aportaciones del derecho comparado, en especial del español, con el que existen importantes coincidencias que serán puestas de manifiesto a lo largo del texto.

B. Wilder Tuesta Silva, Perú – 2010

¿Proceso con una sola instancia o proceso con dos instancias? Una posición favorable a la pluralidad de instancias señalaría que, constitucionalmente, ella es un principio y una garantía de la función jurisdiccional. También, es posible cuestionar la doble instancia achacándola ser la culpable de la mora judicial o advirtiendo los orígenes autoritarios de la doble instancia. Ambas respuestas, a nuestro parecer, resultan insatisfactorias.

Tal insatisfacción fue la motivación para estudiar el presente tema. Ambas perspectivas presentan serias limitaciones. La validez jurídica (validez sustantiva) en la actual Teoría del Derecho, presenta determinadas exigencias materiales que van más allá del texto de la ley o de la misma letra de la Constitución inclusive. De allí que no resulta del todo satisfactorio invocar el texto constitucional para estar a favor de la doble instancia. Precisamente por ello, nuestro objetivo es ensayar nuevos argumentos que partan de la indagación respecto a cuáles son las bases de un proceso jurisdiccional desde la perspectiva del Estado Constitucional.

La presente tesis indaga sobre la racionalidad funcional de la doble instancia dentro de una perspectiva procesal diseñada bajo las exigencias del Estado Constitucional de Derecho. Desde tal perspectiva se pretende buscar tanto *más allá* de la letra de la Constitución como *más acá* de los lejanos orígenes históricos de la doble instancia y preguntarnos sobre la funcionalidad de la doble instancia hoy. Sólo desde esta perspectiva es posible evidenciar la vinculación intrínseca de la doble instancia con la obligación de motivación de las resoluciones judiciales o con el control del poder como instrumento intrasistémico dentro del ejercicio de la función jurisdiccional o con la racionalidad funcional que se le debe exigir al proceso. Finalmente se indaga sobre el contenido

constitucionalmente protegido de la doble instancia, sus restricciones para luego terminar con algunas anotaciones críticas sobre la actual regulación del recurso de apelación.

C. Espinola Otiniano Diómedes Hernando, Perú – 2015

La presente investigación desarrolló la problemática consistente en la aplicación de los Artículos 419° inciso 2 y 425° inciso 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 3, literal b) 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.

D. Ricardo S. Favarotto, Argentina – 2012

La función garantística de la actividad impugnativa quedó axiomáticamente establecida desde su inserción entre las garantías judiciales prescriptas en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), es decir, el derecho al recurso es un derecho fundamental de naturaleza convencional y constitucional, que tiene un beneficiario -la persona imputada- y un obligado a su prestación -el Estado Parte-. Sin embargo, nuestra Corte Suprema de Justicia no sólo retaceó ese rol, sino que, mucho antes todavía, hizo todo lo posible por desvincular la pluralidad de instancias del ejercicio del derecho de defensa en juicio (CN, 18). Con el devenir y por la incontenible presión normativa de los convenios internacionales de derechos humanos, la Corte no tuvo más alternativa que ir admitiendo lo que era evidente y que jamás debió haber ignorado: el derecho al recurso no es más que una exteriorización de la defensa en juicio, ya incluido en el texto histórico de 1853; mientras que el derecho al doble conforme constituye un “plus” a favor del imputado, que llegó a nuestro país con la ratificación de esos tratados ius humanitarios, tras el reinicio de la institucionalidad democrática a finales de 1983, luego jerarquizados con la reforma del 94 (CN, 75 N° 22).

En mi opinión, esa cercenadura interpretativa tenía razones históricas jamás explicitadas por el Tribunal Supremo. En primer lugar, la Constitución Federal congénitamente instituía el jurado para todos los juicios criminales ordinarios, aunque nunca se implementaron; por otro lado, en la provincia de Córdoba, a partir de 1939, se inició un prolífico movimiento reformista con la sanción del Código Procesal Penal que co-redactaron Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler sobre la base del Código Rocco del 30, que gradualmente se extendió a muchas otras provincias. En ambos casos, el juicio penal era oral, público y “de única instancia”.

Así, las decisiones acerca del nexo existente entre el derecho al recurso y la defensa en juicio estuvieron intensamente condicionadas por la concomitancia de un modelo de enjuiciamiento penal que, según se pensaba, no admitía más revisión que la jurídica, dada la volatilidad de la práctica probatoria y la intermediación jurisdiccional, donde las “actas” del proceso escrito en el sistema inquisitivo, eran sustituidas por los “actos” de la audiencia en el modelo mixto o inquisitivo mitigado. En suma, la cuestionada compatibilidad constitucional de los juicios penales de única instancia ocupó el centro de la escena, relegando al tema de la naturaleza del derecho al recurso, pues la discusión quedó centrada y ceñida a la unicidad o duplicidad de fases del conocimiento.

Algo semejante ocurrió en España, donde la función protectora del derecho impugnativo del imputado, fue ensombrecida por la interminable disputa acerca del tribunal superior que asegurase la vigencia de la instancia revisora. Doble instancia y doble conforme condenatorio a pesar de algunas semejanzas, al estar en una relación de género a especie, tienen significados e implicancias jurídicas sustancialmente discordantes, aunque no siempre se los ha diversificado como es debido, lo que es aún más grave cuando quienes han omitido hacerlo son los máximos tribunales de justicia de Argentina y España.

Y al margen de lo expuesto, tanto el genérico derecho de las partes al reexamen de la sentencia por un tribunal superior (doble instancia), como el específico derecho del imputado a la revisión del fallo condenatorio (doble conformidad, también llamado doble condena), nos plantean otra serie de interrogantes acerca del alcance atribuible a los mismos, pues se hallan en pugna concepciones divergentes que van desde la interpretación restrictiva de los recursos, limitados a la pura revisión jurisdiccional en la aplicación del derecho (federal o común, material o procesal, según los casos), que parten de la artificiosa escisión de las “*quaestio facti*” y las “*quaestio iuris*”, para admitir la soberanía de

los jueces originarios respecto de las primeras, es decir, en la tarea de selección y valoración de las pruebas, hasta el re análisis integral del caso, en una acepción expansiva de los medios impugnativos que incluye, además, las cuestiones relativas a los hechos en juzgamiento y a sus modos de acreditación.

A menudo la propia denominación del instrumento recursivo - como sucede con la casación- encubre sentidos completamente disímiles. Entonces, dependiendo de la mayor o menor amplitud de su regulación concreta, se lo puede categorizar de recurso ordinario o extraordinario, lo que alcanza para ejemplificar el nivel de complejidad de la problemática analizada. Y sin entrar a considerar, todavía, el abstruso asunto del límite que impone, en la exégesis amplia de la revisión casatoria, el principio de inmediación al justiprecio probatorio.

E. Rafael Alcácer Guirao, Barcelona – 2012

La tendencia expansiva de la casación penal impide sostener en la actualidad que el Tribunal Supremo limita su ámbito de conocimiento al Derecho, y no a los hechos. Ello se manifiesta no sólo en la revisión de sentencias condenatorias -fundada en los derechos al doble grado de jurisdicción y a la presunción de inocencia-, sino también en la revisión de sentencias absolutorias, en particular acerca de la valoración de los elementos subjetivos del delito, juicio cuyo carácter fáctico ha venido siendo negado por la jurisprudencia de la Sala Segunda. La revisión fáctica de sentencias absolutorias en casación resulta incompatible con la doctrina del Tribunal Constitucional (y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos TEDH) sobre las garantías de la segunda instancia, que exige la celebración de vista oral y la audiencia del acusado.

2.1.3. Antecedentes empíricos

A. Dr. Huanca Apaza, Héctor - 2015

Refiere sobre el Artículo 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, respecto de la condena del absuelto en segunda instancia, en la ciudad de Arequipa-2015; está de acuerdo, y señala que sería recomendable que se habilite otra Sala Penal Superior para que haya una revisión amplia de la sentencia que condena al absuelto.

B. Dr. Huamán Paredes, Neil Amador - 2015

En cuanto al tema de investigación opina que está de acuerdo, pero desde el punto de vista garantista, ya que se vulnera las garantías procesales, la doble instancia y sobre todo el debido proceso y, por ende, es contrario a la orientación acusatorio garantista del nuevo modelo procesal penal.

C. Dr. Concha Silva, Antonio Manuel - 2015

Refiere que está de acuerdo con el tema de investigación, ya que la condena del absuelto restringe derechos fundamentales como es el derecho a la impugnación del recurso ordinario (Apelación) y, por tanto es un procedimiento inconstitucional que contraviene el nuevo modelo procesal penal, por lo que este es garantista.

2.2. GARANTÍAS EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO

2.2.1. El garantismo procesal

El garantismo procesal, según *Alvarado Velloso (s/a)* es una posición filosófica, antagónica al *totalitarismo*, y que en términos sencillos

propugna la jerarquía de la Constitución (Ley) por encima de la ley. Tal como ha sido desarrollado por **Luigi Ferrajoli (1995)** en su obra *Derecho y Razón*, el “*garantismo*” es el principal rasgo funcional del *estado de derecho*, que designa no simplemente un “*estado legal*” o regulado por la “*ley*”, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado por: a) la plena vigencia del principio de legalidad y sometimiento del poder público a normas generales, b) respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya afectación los posibilita activar la tutela judicial.

De una manera clara y concisa, resume **Alvarado Velloso (s/a)**, lo que hoy se conoce en la sociología jurídica con la denominación de *garantismo procesal*: “Tomando partido por la *Constitución* y no por la *ley*, elijo proclamar: la libertad, la garantía del debido proceso y el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia, donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez y colocado por él en pie de perfecta igualdad frente a su contradictor, con absoluta bilateralidad de la audiencia y sin la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme a lo normado por la Constitución”.

Es en este sentido que un sistema acusatorio, que recoge una posición *garantista* del proceso penal pone de manifiesto el compromiso de un Estado como propiciador de un sistema de garantías como: los jueces predeterminados, excluyendo a los Jueces Ad-Hoc, ya que la ley debe de predeterminar qué Juez es competente para cada caso en concreto de manera antelada; que el Juez será un sujeto imparcial y sometido solo a la ley (independencia), garantizando además que todo inculcado tenga el derecho a la defensa técnica; que el acusado debe conocer quién es su acusador y cuáles son los cargos que se le imputan (principio de imputación necesaria); que el proceso no es secreto sino debe ser eminentemente público, para que así la sociedad pueda ejercer

un control indirecto sobre la administración de justicia; que toda resolución que emita un órgano jurisdiccional deba estar debidamente motivada, y sobre todo ser el resultado de un análisis lógico y crítico sobre las pruebas que han demostrado los hechos manifestados por las partes de manera fehaciente.

2.2.2. Garantía y eficacia en el proceso penal

Son muchos los países latinoamericanos que han ido dejando sistemas inquisitivos y mixtos para adoptar sistemas acusatorios modernos o garantistas. Con la intención de afianzar más el denominado “derecho constitucional aplicado”, se ha planteado la tesis de despojar de todo poder oficioso al Juez, en tanto que se asume como peligrosa la proposición de conferir poderes probatorios al Juez, despreciando la idea de que el Juzgador, recurriendo a la “prueba de oficio”, acceda supuestamente a la mítica “verdad real” y recordando además que esta tendencia se daba en los sistemas autoritarios, donde la búsqueda de la verdad material como fin del proceso llegó a justificar las torturas más grandes que ha conocido la historia.

Sin embargo, tal como ha sido señalado por ***Picó I Junoy (1997)***, lo relevante no es buscar el origen histórico de una determinada institución y de ahí atacarla, sino analizar si dicha institución es o no válida para lograr la mejor justicia sin sacrificar ninguna garantía procesal. O si se quiere, examinar si las instituciones presuntamente autoritarias o de origen fascista, vulneran alguna garantía procesal. Sólo en este caso deberemos optar por el garantismo. De lo contrario, entre dos opciones igualmente válidas y garantes, deberemos optar por aquella que permita la más justa decisión del caso concreto, pues así se alcanzará la mayor eficacia posible del sistema procesal.

El garantismo procesal debe aumentar sus esfuerzos con el ánimo de respetar minuciosamente los mandatos de un debido proceso constitucional sin perder la eficacia y eficiencia en la solución de los conflictos en un tiempo razonable, y sin vulnerar las garantías de los justiciables.

2.2.3. Garantías constitucionales en el proceso penal

La “*constitucionalización de las garantías procesales*” surgen durante la segunda mitad del siglo XX, tras la segunda guerra mundial, con la finalidad de asegurar -por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios sobre derechos humanos en el ámbito internacional- un mínimo de garantías a favor de las partes procesales, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. Así, a través de la positivización de estas garantías, y de su aplicación se pretendió evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales garantías o no se vea vinculado por las mismas en la dirección de los procesos.

El *garantismo procesal* implica pues, la puesta en práctica de las garantías que las leyes procesales instauran, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista plenamente comprometida con la realidad constitucional, enfrentándose así al autoritarismo procesal, el cual ha generado una cultura autoritaria en la configuración de los procesos, creando sistemas inquisitoriales o mixtos que fueron adoptados en la mayoría de países latinoamericanos por largo tiempo.

A. Consideraciones generales

El proceso penal constituye el medio para que el Estado a través del *Ius Puniendi* y mediante un procedimiento donde se respeten las

garantías constitucionales de los individuos que forman parte de la relación procesal, se sancionen conductas que vulneran bienes jurídicos penalmente relevantes protegidos por el Estado para evitar que atenten contra la convivencia social.

Claus Roxin (2000), considera que el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado, reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del proceso penal.

Debemos ser conscientes que el poder político una vez que toma posición en el Estado, para poder gobernar siempre realiza cambios, tales como modificar leyes, reglamentos y otros; pues lo que no se debe perder como sendero es que todo cambio de normativa tiene que tener legitimidad social, y ser siempre conscientes de la gran importancia y necesidad del respeto de los derechos de las personas que viven en un espacio territorial dividido por líneas imaginarias que constituyen un estado.

El respeto de las garantías constitucionales, es el reflejo de un estado moderno y democrático, donde los derechos fundamentales consagrados en la constitución y tratados internacionales suscritos y ratificados por los países primen por encima de cualquier decisión política, y se respete la independencia de la estructura del Estado, donde ninguno incida sobre las decisiones del otro. Nuestro país ha empezado a tomar conciencia de la necesidad de incorporar en nuestra normatividad aquellas garantías previstas en nuestra Constitución Política del Estado, y con ello hacer presente a los aplicadores del derecho que estos derechos no deben ser conculcados ni violentados, por cuanto constituyen garantías de los individuos que son parte de una relación procesal.

El *Vigente Proceso Penal* es una clara evidencia del cambio de paradigmas que se está suscitando en nuestro país, y la manera como las garantías constitucionales son los pilares del cual se ha elaborado, demostrándose de este modo que la mejor manera del Estado de brindar seguridad jurídica es impartiendo una administración de justicia donde se respeten las garantías de los ciudadanos.

B. Garantía constitucional del individuo en el proceso penal

Institución procedimental de seguridad y de protección creado a favor de las personas que enfrentan un proceso penal para que dispongan de medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos.

Según **Castillo Córdova (2007)** la Constitución, al tiempo de reconocer una serie de derechos constitucionales, también ha creado diversos mecanismos procesales con el objeto de tutelarlos. A la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas desprovistas de valor normativo.

Por ello, puede decirse que detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales.

Nuestra Carta Magna ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Como garantías genéricas se consideran la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional; estas

garantías refuerzan e incluso dan origen a las específicas como la garantía del juez natural, de la publicidad, de cosa juzgada, etcétera.

C. Las garantías genéricas del proceso penal peruano

Conforme ha señalado **San Martín Castro (1999)**, se denomina como garantías procesales genéricas a “aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal”. Se trata de reglas constitucionales que no restringen sus efectos a determinados momentos o actos del proceso penal, sino que proyecten su fuerza garantista a todos los momentos por los que pasa el desenvolvimiento del proceso, es decir, desde la fase preliminar o prejudicial, pasando por las fases de instrucción, intermedia y juicio oral, hasta concluir la fase impugnatoria, es decir, hasta la conclusión del proceso penal.

1. El derecho a la tutela judicial efectiva

Esta garantía se encuentra consagrada en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política de 1993. Se trata de una institución procesal de reciente data en el derecho comparado. Su origen se encuentra en el inciso 1 del artículo 24° de la Constitución Española de 1978.

Los alcances de esta garantía, de reconocimiento constitucional en la mayoría de los sistemas procesales penales de la región y del mundo -aunque en algunos dentro de la garantía del debido proceso-, no es un tema zanjado ni pacífico. Así, en algunas oportunidades se ha señalado que definir en forma más o menos precisa la garantía de la tutela judicial efectiva en el derecho español es muy difícil, porque son tantos los aspectos que se han estimado amparados en ella, que bien se podría decir que la cobertura que presta es casi ilimitada: que su vitalidad

es tan extraordinaria que prácticamente todo el esquema de garantías constitucionales podría constituirse sobre ella.

Sin embargo, en nuestro país podríamos decir que toda persona como integrante de una sociedad tiene derecho a la tutela judicial efectiva, a poder acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos. El ciudadano al recurrir al órgano jurisdiccional busca que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos. El derecho a la tutela judicial efectiva **“es el derecho de toda persona a que se le haga justicia: a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas”**.

Monroy Gálvez (2003) nos habla de la tutela judicial antes del proceso y durante él. En el primer caso se considera que aun cuando el ciudadano no tenga un conflicto concreto ni requiera en lo inmediato de un órgano jurisdiccional, el Estado debe proveer a la sociedad de los presupuestos materiales y jurídicos indispensables para que el proceso judicial opere y funcione en condiciones satisfactorias. Por lo referido, el órgano jurisdiccional debe ser imparcial, autónomo e independiente, donde las normas procesales conlleven a la solución del conflicto; debe de contar con una infraestructura suficiente y adecuada para que se preste óptimamente el servicio de justicia; deberá de existir el número necesario y suficiente de funcionarios que presten este servicio. En el segundo caso, esto es durante el proceso, debe verificarse en todo sus momentos el acceso al proceso, el debido proceso, a una sentencia de fondo, al doble grado o instancia, y a la ejecución de sentencia.

Chamorro Bernal (1994) señala que los derechos y garantías derivados del derecho a la tutela judicial efectiva abarcan todas las fases del procedimiento ya que a la resolución judicial final sólo puede llegarse a través del proceso.

La tutela judicial efectiva es una institución que nace en la Constitución española y, asimismo, esta Ley Fundamental es una de las principales fuentes de las que ha bebido el constituyente patrio; sin embargo, se le debe asignar un contenido que no invada los ámbitos propios del derecho al debido proceso, el mismo que posee más larga data.

El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se ha clasificado, según **Asencio Mellado (1997)**, sobre cuatro pilares, que son los siguientes:

a. El derecho de libre acceso a la jurisdicción

Conforme ha señalado **Moreno Catena (1997)**, el derecho a la tutela judicial comprende el derecho de acceso a la justicia, como condición sine qua non para obtener tutela judicial efectiva. 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).

En el proceso penal este derecho se tiene que apreciar necesariamente desde las posibilidades de acceso real a la jurisdicción del propio imputado, así como, del actor civil y del tercero civilmente responsable. Para cada uno de estos sujetos procesales -sin importar que se trate de un sujeto contingente o no necesario- se deben de prever las

vías legales para una efectiva garantía de su derecho de acceso a la jurisdicción.

En cuanto al imputado, se debe de garantizar que acceda al proceso jurisdiccional (e incluso, en los momentos previos, en el policial y fiscal) como una efectiva parte de éste, con los derechos y deberes que fluyen de su condición de sujeto procesal. Esta garantía comporta necesariamente la superación definitiva de la concepción inquisitiva que entendía al procesado como un mero objeto de investigación; frente al cual, incluso, estaba permitido el secreto de la instrucción.

En lo que respecta a la víctima, aunque generalmente el derecho de acceso a la justicia presenta la particularidad de que es el *Ministerio Público* el que tiene la exclusividad para promover la acción penal, ello no obsta para que los ciudadanos tengan el derecho a formular denuncias y que 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, sin perjuicio que decidan -sin condicionamiento alguno- acudir a la vía civil interponiendo una demanda de indemnización. La víctima en consecuencia no está legitimada para reclamar la imposición de una pena al presunto delincuente, pero sí lo está para acudir directamente al órgano judicial a fin de obtener una indemnización.

b. El derecho de libre acceso al proceso en las instancias reconocidas

En nuestro país, tal como lo señala *Neyra Flores (s/a)*, este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la pluralidad de instancias reconocido en la Constitución, lo que encuentra fundamento en la falibilidad de los órganos judiciales.

Bajo este fundamento se ha establecido el recurso de apelación como el medio impugnatorio por excelencia -debido a la amplia libertad de acceso a éste- al que se le encomienda la función de hacer efectivo el tan mentado Derecho al recurso. Y ello porque frente al posible error judicial por parte del *Juez Ad Quo* en la emisión de sus resoluciones, surge la 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.

Sin embargo, durante el proceso de reforma han surgido distintos cuestionamientos en cuanto al recurso de apelación. Pues tal como ha sido regulado en el Código Procesal Penal del 2004, tanto el Ministerio Público como el imputado están legitimados de interponer recurso de apelación cuando la resolución impugnada sea contraria a sus intereses y no haya sido consentida. Es decir, se establece la facultad de recurrir no solo los fallos condenatorios sino también los absolutorios con la consecuente posibilidad de una condena en segunda instancia.

El problema se sitúa precisamente en este punto, y en la interpretación que se le ha dado al artículo 14.5 del PIDCP, que señala lo siguiente: ***“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”.***

Toda vez que realizando una interpretación literal de tal normativa podríamos concluir que la persona ha sido absuelta en primera instancia y que luego tras la interposición del Ministerio Público de un recurso de apelación es condenada en segunda instancias, debería tener la posibilidad de interponer un medio impugnatorio con la finalidad de que el fallo condenatorio y la pena impuesta vuelvan a ser revisadas por un Tribunal Superior.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento esa no es una posibilidad regulada por el código procesal penal, pues entendemos que la Casación no tiene la misma naturaleza que la apelación, por cuanto el primero es un recurso extraordinario.

Respecto, a esta problemática, es que han surgido una serie de posiciones que intentarían dar respuesta a lo planteado. Estas posiciones distintas entre sí, serán analizadas a continuación:

- **El artículo 425° inciso 3 del Código Procesal Penal colisiona con las garantías constitucionales**

Esta posición es la asumida por la **Sala Superior Penal de Arequipa**, quien ha señalado en el Expediente 2008-12172-15, caso Jorge Ccanahuire, que: “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 (Art. 10° y 11° DUDH; Art. 4°, 14° y 15° PIDCP, Art. 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)”.

Y respecto a la posibilidad que tiene el imputado de interponer recurso de casación ante el fallo condenatorio emitido por el juez superior, **Hinostroza Mínguez (2002)**, señala que: **“No resulta suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta del recurso de apelación”**.

Respecto al derecho a la pluralidad de instancia: **“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”.

Por lo que concluye la *Sala Superior de Arequipa*, declarando INAPLICABLE (en parte) el artículo 425° inciso 3 del CPP, en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión, pues lo contrario ***colisiona con el derecho a la instancia plural (revisión por otro Órgano Superior) que consagra la constitución (artículo 139° inciso 6) y las normas de protección internacional de los derechos humanos*** (Art. 10° y 11° DUDH; Art. 4°, 14° y 15° PIDCP, Art. 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

- **El artículo 425° inciso 3 del Código Procesal Penal cumple con la garantía de la doble instancia**

Una posición contraria a lo explicado líneas arriba, señala que la condena del absuelto no afecta la garantía de la doble instancia, por cuanto el contenido constitucionalmente protegido por esta garantía es el **doble grado de jurisdicción**, es decir, la posibilidad de que el objeto o pretensión pueda ser discutido ampliamente (juicio histórico y juicio jurídico) en dos instancias por ambas partes de la relación procesal.

Por lo que quedaría claro que el artículo 425° inciso 3 literal b) del CPP no afecta este derecho, dado que, el imputado tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva. Se podrá defender de la acusación durante la primera instancia y luego, ante el recurso presentado por el Fiscal, podrá también hacerlo en el juicio de segunda instancia.

Finalmente, respecto a la interpretación literal que se le hace al artículo 14.5 del PIDCP se establece que el Derecho tiene diversos

métodos de interpretación a los cuales podemos recurrir, que para el caso concreto se debe tener en cuenta un método de interpretación histórica, pues nos permitirá conocer el entorno en que dicha norma se gestó y de esa manera evitar aplicarla a contextos para los cuales no fue pensada.

c. El derecho a obtener una resolución fundada en derecho que ponga fin al proceso

Los derechos de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en sus instancias reconocidas perderían su razón de ser, como integrantes del superior derecho a la tutela judicial efectiva, si el sujeto no tuviera también el derecho a una resolución fundada en derecho 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 dé una que resulte ambigua.

Sin embargo, no es cualquier respuesta la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es necesario que ésta, además de ser clara, se encuentre debidamente motivada, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica.

Este 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 Ley Fundamental de 1993 en su artículo 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 sustentan***".

Si bien en su entendimiento inicial hemos referido este componente del derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho a obtener una resolución final, lo que puede identificarse con la sentencia; se debe advertir que la resolución final a la que se hace referencia no es, en el proceso penal, necesariamente una sentencia, sino que puede serlo una resolución mediante la cual se declara fundada una excepción de naturaleza de acción, de prescripción, de amnistía, etc.

Asimismo, este derecho no sólo le corresponde al imputado, contra quien se dirige la persecución penal (razón de ser del proceso), sino también a todos los sujetos procesales que tengan un interés propio en el proceso, es decir el actor civil y el tercero civilmente responsable. Siendo así que no sólo se debe fundamentar en derecho la sentencia condenatoria, sino también la absolutoria; y, la primera, no sólo en su aspecto eminentemente penal sino también en lo que corresponde a la reparación civil, porque es que se impone, su monto o porque es que se niega su imposición.

Es el tema de la motivación uno de los que presentan singular importancia en nuestro sistema jurídico penal -y en el jurídico en general- pues si bien es difícil y poco frecuente que los jueces omitan pronunciarse respecto de la finalización del proceso; la falta o pobreza de las motivaciones es uno de los problemas de mayor frecuencia en nuestra judicatura.

Se debe entender por motivación el proceso discursivo en virtud del cual se expresa con suficiencia, claridad y coherencia las razones que se han tenido para tomar una determinada decisión. Según **Fernández Entralgo (1990)** “motivar significa justificar la decisión tomada, proporcionando una argumentación convincente, e indicando los fundamentos de la operación que el juez efectúa”.

Según **Olsen Ghirardi (1998)** se considera que la “resolución del juez ha sido fundamentada cuando se muestra, por las expresiones vertidas, que se ha seguido todo un camino -en forma explícita- hasta llegar a una afirmación o negación, con respecto a la conclusión final a la que ha arribado”.

Ahora bien; la total configuración de derecho de motivación de las resoluciones jurisdiccionales resulta siendo consecuencia no sólo del derecho a la tutela judicial efectiva y la norma recogida en el inciso 5 del artículo 139°. La doctrina procesal penal se ha encargado de precisar que la motivación resulta un deber del juez que se deriva además del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en su versión de derecho a obtener una resolución fundada que ponga fin al proceso, del derecho a la defensa como lo indica **Binder Alberto (1993)**, de la necesidad de controlar la sujeción del juzgador a la ley, tal como señala **Vélez Mariconde (1982)**, del derecho a la pluralidad de instancias – como lo señala **Maurich Reinhart (1995)** y del mandato de interdicción de la arbitrariedad, así como lo indica el autor antes mencionado **Vélez Mariconde (1982)**.

Es la confluencia de estos principios y derechos de la función jurisdiccional la que ofrece su completo fundamento (material) al mandato constitucional de motivar las resoluciones que no sean de mero trámite; son estas las normas que hacen nacer la exigencia de que el juez exprese las razones de su decisión.

Así, respecto del imputado, sólo una resolución condenatoria debidamente motivada permitirá que el imputado ejerza plenamente su derecho a la defensa, pues únicamente así conocerá cuales han sido las razones en las que el juzgador se ha apoyado para emitir su pronunciamiento, según **Vélez Mariconde (1982)** “nadie puede defenderse debidamente de algo que ignora”. Esto le posibilitara

cuestionar los fundamentos que no se encuentren arreglados al Derecho, mediante la interposición del medio impugnatorio correspondiente, para que el superior jerárquico controle que la decisión del “*ad quo*” no haya sido arbitraria.

Siendo en este sentido que se ha dicho que la norma consagrada en el inciso 5 del artículo 139° de la ley Fundamental resulta constituyendo una “garantía de garantías”, de carácter instrumental, por tanto, pero condición *sine qua non* de la vigencia de las garantías que hemos consignado como las que otorgan su fundamento material. Según **Andrés Ibáñez (s/a)**, se trata de una exigencia que sólo posee naturaleza formal, pero de intenso contenido político-garantista.

- **Infracciones del mandato de motivar las resoluciones**

Para el cumplimiento del deber constitucional de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, el juzgador debe de manejar adecuadamente: máximas de experiencia – tal como lo indica **Stein (s/a)**, reglas de la lógica y categorías jurídicas.

Por el contrario, la infracción del deber constitucional de motivar las resoluciones se puede dar de cuatro diferentes maneras:

- **Falta absoluta de motivación:** Tiene lugar cuando la resolución no expresa el más mínimo (argumento real o aparente) que fundamenta la decisión que se toma. Existe una total ausencia de motivación.
- **Motivación aparente:** En este caso la resolución aparente *prima facie* como fundada. El juzgador glosa algunas razones del porque ha tomado la decisión.

Según **Fernández Raúl (1993)** se trata de una motivación aparente porque, en cuanto nos adentramos en la profundidad y razonabilidad de la fundamentación, sin quedarnos sólo en el aspecto formal, se descubre que no existe ningún fundamento, que se han glosado frases que nada dicen (no existen elementos de prueba que las sustenten).

Ghirardi (1998) indica que es necesario dejar en claro que la motivación aparente no constituye, en estricto, motivación alguna y no debe ser considerada como una motivación real.

- **Motivación insuficiente:** Según **Cafferata Nores (1998)** se incurre en esta infracción cuando se viola el principio lógico de razón suficiente, es decir, se consignan sólo algunos de los argumentos que llevaron a tomar la decisión, pero no todos los que van a generar la convicción.

Es necesario dejar en claro que, conforme ha señalado la **Sentencia del Tribunal Constitucional N° 264/88**: “no es exigible una agotadora explicación de los argumentos y razones y que, según el caso, es incluso admisible una fundamentación escueta, pero siempre que de ésta aparezca que la decisión judicial responda a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad”.

- **Motivación incorrecta:** Se presenta cuando en el proceso de motivación se infringe las reglas de experiencia o de la lógica, se interpreta o aplica 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, que no ha sido tomado en cuenta debidamente: la motivación de la pena que se impone, así como indica **Avalos Rodríguez (1999)**. En tanto la sentencia penal condenatoria no sólo 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, tal como lo indica **García Aran y otros autores (1997)**.

d. El derecho a la efectividad de la tutela judicial (derecho a la ejecución)

Finalmente, 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 operativizada en la realidad. De nada serviría permitir el acceso al proceso y lograr la obtención de una resolución que ponga fin al proceso de forma favorable, si es que el pronunciamiento judicial queda sólo en eso, un pronunciamiento, y no puede conseguir virtualidad en la vida social.

Como señala **San Martín Castro (1999)**, 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.

Entendido como garantía en favor de la persona humana, el derecho a la efectividad de la tutela judicial no puede entenderse en nuestro sistema procesal penal en un sentido de cumplimiento de la pena, puesto que éste se ha concebido como un interés que no le corresponde al particular sino al Estado.

2. El derecho al debido proceso penal

Esta garantía se encuentra reconocida, conjuntamente con la de tutela judicial efectiva, en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política de 1993.

En un primer acercamiento, su naturaleza resultaría siendo de lo más amplia, pues como ha señalado **Mixán Mass (1990)**, su teleología se refleja en su función de síntesis de las garantías destinadas a concretar la legitimidad procesal. En efecto, según **San Martín Castro (1999)** 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.

Sin embargo, tal como lo indica **Carocca Pérez (1997)**, es necesario precisar sus contornos en cuanto a la funcionalidad que le puede corresponder en nuestro sistema procesal penal; 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 peruano se configure como un proceso justo (conforme con los fines constitucionales). Así mismo señala **Carocca Pérez (1997)** con **Pico I Junoy (1997)** que 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 subsidiario. Es en este sentido que se comprenderían en el debido proceso fundamentalmente las garantías de justicia específicas previstas en la legislación ordinaria y en los

Instrumentos Internacionales de Derecho Humanos. Esta garantía abarca los siguientes aspectos:

a. La inadmisibilidad de la persecución múltiple (*ne bis in ídem*)

Esta garantía comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos veces o más en razón de una misma imputación criminal. En contra del entendimiento que tradicionalmente se le ha dado al *ne bis in ídem*, equiparándolo con el principio de la cosa juzgada (*ne bis in ídem* material), el contenido de esta garantía ha demostrado poseer mayor amplitud, pues no sólo 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 (*ne bis in ídem* procesal).

Según **Bacre Aldo (1992)** la garantía del *ne bis in ídem*, como inadmisibilidad de persecución penal múltiple se asienta sobre tres requisitos concurrentes:

- 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 final o que viene siendo perseguido. Para este supuesto no importa la calificación 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 personae*).
- En 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 procesado o se viene procesando. Así, por

ejemplo, no importará que el hecho haya sido calificado en un primer proceso, en el que se absolvió al imputado, como delito de homicidio 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 **Binder (1993)**, para que opere la garantía del *ne bis in ídem* no es necesaria una identidad absoluta en los supuestos de hecho, sino que sólo 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.

- En tercer lugar, se debe de exigir que se trate del mismo motivo de persecución (*eadem causa petendi*). Esto significa que el *ne bis in ídem* sólo funciona en sede penal en los casos en que ambos procesos tengan por norte la aplicación de una sanción. Así, no funcionaría la garantía en comento en los casos en que el otro proceso careciera de connotaciones sancionadoras, por ejemplo, se tratara de un proceso civil en el que se pide la reparación del daño causado por el delito.

Esta garantía ha merecido pronunciamientos expresos por el Tribunal Constitucional peruano, en los que se identifica como parte del derecho al debido proceso penal y se reconoce su doble perspectiva: material y procesal. En el Expediente N° 0729-2003-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente: ***“sobre el particular, este tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (non bis in ídem), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Dicho principio, en su vertiente***

*procesal, se encuentra contemplado en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que declaran que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya ha sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país”; y en el artículo 8.4 de la Convención Americana, según el cual “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. En su vertiente procesal, el principio non bis in ídem garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V Enmienda de la Constitución Norteamericana denomina *doublé jeopardy*, es decir, el doble peligro de la condena sobre una persona”.*

Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada.

b. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Conforme ha señalado *Esparza Leibar, Iñaki (1995)*, para que la actividad jurisdiccional alcance sus objetivos de justicia es necesario que el proceso se tramite con celeridad. Aunque es una garantía aplicable a cualquier tipo de proceso, esta exigencia se acentúa de gran manera en sede penal, en razón del reconocimiento que tiene la persona de liberarse cuanto antes del estado de sospecha que pesa sobre sus hombros y de las restricciones de derechos que el proceso criminal indefectiblemente comporta.

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. Sin embargo, más allá, como bien lo ha señalado el **Tribunal Supremo Federal Norteamericano**, quizá la nota más importante que caracteriza a esta garantía (*Speedy trial*) es que se trata de un concepto más vago que los que definen otros derechos procesales, de modo que es imposible determinar de manera general y con absoluta precisión cuando ha sido violado.

No toda dilación o retraso en la tramitación del proceso puede identificarse como una infracción de la garantía en comento, 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.

En este marco, según **Esparza Leibar, Iñaki (1995)** la evaluación sobre la existencia de un proceso con dilaciones indebidas debe realizarse caso por caso, mediante la aplicación a las circunstancias de cada supuesto de un grupo de factores objetivos y subjetivos que sean congruentes con su enunciado genérico; no se puede limitar a una simple constatación del incumplimiento de los plazos, pues, incluso, reclama su funcionalidad para los casos en que no se ha previsto un plazo específico.

La evaluación de la existencia de dilaciones indebidas ha de ser integrado en cada caso concreto mediante el examen de la naturaleza del objeto procesal, de la actividad del órgano judicial y del propio comportamiento del recurrente. Así, según **Vives Antón (1992)** se debe analizar la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de otros litigios del mismo tipo, el interés en juego del presuntamente perjudicado, su conducta procesal y, finalmente, la conducta de las autoridades y la consideración de los medios disponibles.

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.

c. El derecho a un juez imparcial

Dado el carácter fundamental de esta garantía para los sistemas procesales, tal como lo indica **Aragoneses Alonso (1997)** ha sido denominada como el principio supremo del proceso. Nos encontramos ante la exigencia mediante la cual se garantiza que el funcionario encargado de la resolución jurídica del conflicto criminal no posea algún interés particular, más allá de la correcta aplicación de las normas del Derecho penal.

Según **Moreno Catena (1997)** nos encontramos frente a una de las garantías más importantes de cualquier tipo de proceso, pues 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 que ante él planteen las partes procesales demandar su solución. Como lo señala **Gimeno Sendra en Moreno Catena (2000)**, 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 éstas 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 procesal.

Conforme ha señalado el maestro **Mixán Mass (1990)**, la imparcialidad impone la rigurosa aplicación del principio de la identidad: el juez es juez, nada más que juez. Y entre el juez y las partes resulta

aplicable el principio de tercio excluido; o bien es parte o bien es juez; no hay posibilidad intermedia.

El derecho a un juez imparcial se debe configurar para operar antes de que se haya producido la parcialización efectiva del juzgador, para actuar frente a los casos en que existe el peligro de que dicha parcialización se verifique.

Es en este sentido que se debe asegurar el apartamiento del conocimiento del proceso del juzgador en el que existe sospecha de parcialidad; para lo que el legislador debe proveer y regular las instituciones jurídicas de la abstención (inhibición) y la recusación.

Según **Burgos Mariños (2002)** la abstención se debe configurar para los casos en que el juez se percató que su posición social, afectiva, profesional o jurídica arroja sospechas respecto de su parcialidad en la resolución del proceso, o cuando, por cualquier razón fundada, se da cuenta que no podrá ser imparcial.

Asimismo el mismo autor **Burgos Mariños (2002)** señala que, la recusación se debe configurar como derecho para que la parte solicite al juez que se aparte del proceso, cuando tema sobre su parcialidad. Sin embargo, para efecto de que las partes no hagan mal uso de esta posibilidad, esta petición deberá fundarse con medios probatorios idóneos, no debe bastar la simple alegación de que tal temor existe, tal como lo indica **Binder (1993)**.

d. Prohibición de compeler a declarar o a reconocer la culpabilidad

La garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur* está prevista en el artículo 8° inciso 2 literal g) de la Convención Americana de

Derechos Humanos. Nos encontramos frente al derecho que tiene la persona para decidir libremente si declarará o no cuando viene siendo objeto de una persecución penal; así como, respecto de cuál 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.

Conforme ha señalado **Binder (1993)**, el imputado tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, sólo él determinará lo que quiere o lo que no le interesa declarar, lo que tendrá que hacerlo 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 (mediante la administración de psicofármacos: sueros de la verdad, hipnosis, etc.) No se puede 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.

Según **Edwards Carlos (1996)** esta garantía tiene por finalidad desterrar aquellas concepciones inquisitivas que buscaban afanosamente lograr la confesión del imputado, incluso en desmedro de su dignidad como persona humana. Así mismo señala **San Martín Castro (1999)** 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 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.

La prohibición de compeler a declarar o reconocer la culpabilidad y sus consecuencias no surte efectos sólo en sede judicial (en todas sus etapas), sino que en cualquiera de los estadios por los que pasa la persecución penal; así, puede ser reclamada tanto ante la policía, como frente al Ministerio Público, e incluso en los supuestos en los que sea necesario el antejudio constitucional para que la acción penal se tenga por expedita.

La eficacia de esta garantía, no sólo se debe limitar a las declaraciones de los imputados, se extiende a los testigos, quienes, pese a tener el deber procesal de declarar la verdad, se encuentran amparados por esta garantía en tanto se trate de declaraciones que no versen exclusivamente sobre la responsabilidad penal de terceros, sino que, de alguna manera, digan de la probabilidad de responsabilidad penal propia. Se trata en resumidas cuentas de una garantía de no verse obligado a declarar contra uno mismo, lo que puede ocurrir tanto cuando quien declara es el imputado como cuando lo hace con la calidad de testigo. Conforme ha señalado **Binder (1993)**, toda vez que la información que alguien podría ingresar al proceso pueda causarle un perjuicio directo o lo pueda poner en riesgo de ser sometido a un proceso penal, la persona tiene derecho a negarse a declarar.

3. Derecho a la presunción de inocencia

Esta garantía se encuentra reconocida en el artículo 2° inciso 24 apartado “e” de la Constitución en lo que refiere claramente que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, en consecuencia **“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”**; con dicha disposición nuestra Carta Fundamental consagra este derecho como un principio rector en el proceso penal.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra también este principio en su artículo 11°.1; y que inclusive la misma va más allá porque busca que se reconozca que la persona sospechosa no puede ni tiene porque perder su libertad y derechos. De igual forma el citado derecho es enfocado en el artículo 14°.2 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** y el artículo 8°.2 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que **“en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada”**. La presunción de inocencia, calificada como un estado jurídico por el doctor **Arsenio Oré Guardia (1999)**, al referir que esta puede ser invalidada mediante condena firme, es una garantía procesal que brinda protección a todo imputado, siendo el mismo un pilar del proceso penal acusatorio.

Esta garantía parte del supuesto de que toda persona es buena, porque para considerarlo malo, es necesario que se le haya juzgado y encontrado responsable; ahora bien, la única forma de considerar a una persona responsable o culpable es sólo cuando así se le declare en una sentencia firme, mientras no exista un fallo o decisión judicial ejecutoriada que declare la culpabilidad o responsabilidad penal de una persona, debe considerársele inocente. La sentencia en la cual se encuentre culpable al procesado y por el cual se le impone una sanción o pena, sólo podrá darse si de lo actuado en el proceso penal se determina con certeza que el sujeto realizó los hechos que se le imputan y para ello se exigirá que en el proceso se hayan actuado suficientes medios probatorios y que estos hayan sido valorados por el Juez.

San Martín Castro (1999) señala que para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en el proceso se aprecie el vacío o una notable insuficiencia probatoria, ello

debido a la ausencia de pruebas, o que las actuadas hayan sido obtenidas ilegítimamente o que el razonamiento de inferencia sea ostensiblemente absurdo o arbitrario. Es necesario entonces que el acusador pruebe los hechos contenidos en su acusación, siendo el responsable de proporcionar las pruebas necesarias que demuestren la culpabilidad del imputado en un proceso.

Finalmente podemos concluir que para que la presunción de inocencia se desvanezca es necesario una mínima actividad probatoria, es decir que los cargos imputados por el acusador hayan sido probados, que estas hayan sido producidas con garantías procesales y de las cuales pueda deducirse la culpabilidad del procesado, por ello durante el proceso el imputado no puede ser considerado culpable.

4. Derecho de defensa

Se entiende por derecho de defensa a la garantía constitucional que le asiste a toda persona que posea 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.

En esta perspectiva amplia, todos los sujetos participantes del proceso penal, sean imputados o no, poseen una garantía constitucional de defensa. Siendo así necesario advertir que el Ministerio Público no posee un derecho a la defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir con su función persecutoria.

No obstante lo señalado, es respecto de la persona perseguida que el derecho constitucional a la defensa presenta su mayor capacidad de rendimiento e importancia, pues si bien los distintos sujetos procesales civiles se enfrentan entre sí, con sus propios medios, el imputado se

enfrenta al Estado y toda su maquinaria de persecución. Es en esta razón que en la doctrina se ha privilegiado la explicación del derecho a la defensa en sede penal, en su variante dirigida al imputado.

Tenemos así que **Gimeno Sendra (1997)**, por ejemplo, entiende el derecho de defensa como la garantía fundamental que le asiste a todo imputado y a su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquel existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación, e impugnación necesarios para hacer prevalecer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente.

En la definición del profesor español **Gimeno Sendra (1997)**, se puede apreciar, preliminarmente, que el derecho fundamental de defensa presenta un desarrollo mucho más rico que el que podría parecer de primera impresión. Como el mismo dice: **“el derecho fundamental de defensa se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales de carácter instrumental”**.

Se deja en claro que para el funcionamiento de esta garantía no es necesario, siquiera, que se haya instaurado un proceso penal formal, es decir, que se haya dictado un auto de apertura de instrucción, funciona ya con la mera imputación de la comisión de un ilícito criminal por parte de alguna de las autoridades encargadas de la persecución penal. Como refiere **San Martín Castro (1999)**, el derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o detenida por la autoridad. Ello significa que surge con la mera determinación del imputado: **“no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito”**.

El derecho de defensa ampara al imputado desde el momento de la primera presunción (material) policial de su participación en el evento criminal hasta la definitiva resolución jurídica del conflicto criminal. En este sentido, lo acompaña tanto en sede de investigación preliminar policial, como en los momentos que le corresponden al Ministerio Público, el Juez Especializado en lo Penal y las Salas Penales (Superior y Suprema) que intervengan en el caso.

a. El derecho a contar con un abogado defensor

Una de las exigencias más saltantes del sentido literal del texto constitucional que consagra el derecho de la defensa (artículo 139° inciso 14: ***“el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”***) se encuentra en el derecho que tiene el procesado a contar con abogado defensor, un profesional en Derecho que coadyuve a su defensa. ***Esta garantía es la que se conoce como derecho a la defensa técnica.***

El imputado puede realizar de muy buena manera su defensa (material), pues es el principal interesado en impedir que se demuestre su culpabilidad o lograr demostrar su inocencia; sin embargo, dado que el supuesto de conflicto social que ha dado origen a su llamamiento al proceso presenta carácter jurídico, es necesario que su defensa se vea complementado por un sujeto al que se le tiene como conocedor del Derecho; así aquella puede tener mejores perspectivas de éxito.

Lo fundamental de esta variante del derecho de defensa ha llevado a que se requiera -para salvaguardar su efectividad- que el Estado

asuma la obligación de dotar de un defensor de oficio a los sujetos que no se encuentre en condiciones de asumir el pago del profesional que se habrá de ocupar de su defensa técnica. Se ha denominado a este supuesto: ***derecho a contar con un abogado de oficio***.

No obstante lo trascendental de la obligación que se impone el propio Estado de dotar al imputado carente de recursos económicos de un defensor es necesario poner de relieve debidamente que -conforme señala ***Tocora Fernando (1990)***- la garantía de la defensa oficiosa se ha convertido en una formalidad ajena a los fines del “*favor defensionis*”. Las grandes masas de desposeídos que se ven involucrados judicialmente ven cerrado el círculo cuando se les asigna un abogado defensor de oficio, pues su labor se reduce a un rol simbólico. Su participación muchas veces se limita a afirmar las actas de las diligencias en las que no participa. No presenta ninguna petición, contradicción o impugnación probatoria.

b. El derecho de contradicción

Conforme señala ***Gimeno Sendra (1997)*** este derecho comporta la exigencia de que ambas partes, acusadora y acusada o imputada, tengan la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamenten y su correspondiente práctica de la prueba, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho a ser oído con carácter previo a la imposición de una pena.

Ya en juicio se debe aclarar, según ***Montero Aroca (1997)*** que el efectivo ejercicio del derecho a la contradicción requiere de otro derecho que funciona como su substrato, el derecho a la igualdad procesal, tal como lo indica ***Chamorro Bernal (1994)***. El que se debe observar tanto

en cuanto a las posibilidades procesales de alegaciones como en lo que importa a la actividad probatoria y a los recursos.

Según **Chamorro Bernal (1994)**, este derecho se vulnera en los casos en que el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna (así, por ejemplo, en el caso que se estableciera una jurisdicción especial para conocer de casos en razón de las personas) o cuando el legislador, o el propio órgano jurisdiccional, crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria o la agravan indebidamente con cargas procesales desorbitadas, sin que estas alcancen justificación objetiva y razonable alguna.

Por otra parte, el desarrollo de esta garantía -al igual que en el caso del genérico derecho de defensa- va a dar lugar a la consagración de una serie de garantías específicas, que concurren para que en cada caso exista una verdadera posibilidad de contradicción; y son las siguientes:

- Es imprescindible que el imputado este informado en todo momento de las actuaciones procesales que se realizan desde el inicio mismo del proceso penal, así como lo indica **Esparza Leibar (1995)**. Lo que hace que la adecuada notificación de las resoluciones judiciales se convierta en una condición necesaria para el ejercicio del derecho de defensa – tal como lo señala **Chamorro Bernal (1994)**, pues está es la vía que se ha previsto para dar cumplimiento a la exigencia de la información.
- De la exigencia anterior se desprende, pero cobrando independencia por su trascendencia, el derecho a estar informado de la imputación y, en su debido momento, de la acusación. El imputado deberá de hacer valer su derecho de defensa contradiciendo los cargos que se le formulan, pero para esto es necesario que conozca su contenido, pues no podrá defenderse

debidamente de algo que ignora. El no ser informado de los hechos que se le imputan le convierten en un ciego tratando de defenderse desventajosamente de la agresión de su rival.

Este derecho cobra una importancia todavía más singular de la que ya posee en lo que se refiere a la información de la acusación, en razón de que es en este momento en que se ejercita verdaderamente la acción penal, y son los hechos en ella contenidos y su calificación lo que -como ya veremos- condicionaran el pronunciamiento final del juzgador.

Finalmente, es obligatorio dejar debidamente sentado que para un efectivo respeto de esta garantía es necesario que los funcionarios encargados de la persecución penal manifiesten cual es la específica figura típica en la que ha incurrido el imputado. Por ejemplo, no basta que se haga referencia a un artículo, cuando en éste se encuentran previsto varias modalidades de comisión típica, es necesario que se individualice en cuál de todas ha perfeccionado el comportamiento del imputado.

- El imputado posee, también, el derecho a usar todos los medios de prueba de descargo que resulten necesarios para consolidar su defensa. No se le puede negar ni restringir el acceso a los medios de prueba que le pudieran favorecer; el órgano encargo de la persecución se encuentra obligado a su admisión y verificación o actuación.

Según **Esparza Leibar (1995)** este derecho no garantiza que se practiquen todas aquellas pruebas que las partes tengan a bien proponer, sino sólo aquellas que sean pertinentes y necesarias.

Según **Pico I Jonoy (1997)** se exige que la prueba propuesta tenga relación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi* para el tribunal, y expresa además la capacidad para influir en la convicción del órgano decisor en orden a fijar los hechos de posible trascendencia para el fallo.

Sin embargo es necesario dejar constancia que el TC español ha llegado a declarar que es preferente en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación, conforme lo señala **Esparza Leibar (1997)**.

- Un efectivo ejercicio del derecho a la contradicción impone que al imputado se le pueda otorgar el tiempo necesario para preparar su defensa y la posibilidad que lo haga conjuntamente con su abogado defensor.

Es necesario que se provean de las condiciones necesarias para que siempre que al imputado le toque intervenir de alguna manera en el proceso penal, y especialmente en el momento de rendir sus manifestaciones, haya tenido la posibilidad de consultar previamente con su abogado y recibir las directivas que este crea más convenientes para su defensa. Esto lleva a señalar que el tiempo para la preparación de la defensa debe ser uno prudencial y de acuerdo a la complejidad de los puntos sobre los que va a versar ésta (por ejemplo, si se trata de un atestado que consta de cientos de páginas sería lesivo de esta garantía que se otorgue sólo un día); así como, que las comunicaciones con su defensor deben gozar de privacidad.

- La garantía de la contradicción encuentra su expresión final en el derecho a la última palabra. Es decir, el debate debe de finalizar con el uso de la palabra por parte del procesado o su abogado.

Esta garantía se encuentra dirigida a que el imputado pueda contestar y contradecir absolutamente todos los cargos y argumentos que se esgrimen en su contra, lo que sólo puede ocurrir cuando se le asegura la intervención final, cerrando el debate. En caso no fuera el procesado quien cerrara el debate podría ocurrir que los sujetos encargados de la persecución penal guarden hasta el último -hasta después del turno del imputado- las partes más importantes de sus alegaciones, toda vez que de esa manera no podrían ser contestados por el imputado.

c. El principio acusatorio

Con la expresión principio acusatorio según **San Martín Castro (1999)** se denomina un conjunto de garantías referidas a la distribución de roles y las condiciones en que se debe de realizar el enjuiciamiento del objeto del proceso penal.

- La primera de estas garantías consiste en la atribución de la instrucción y el enjuiciamiento a dos órganos distintos. Esto en razón de que comportando la actividad instructora una actividad esencialmente inquisitiva, es necesario prevenir un prejuizamiento y evitar que el imputado sea juzgado por un órgano falto de imparcialidad -conforme lo señala **Gimeno Sendra (1997)**-, 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.

- La segunda de las garantías implicadas por el principio acusatorio es la de 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.

En este sentido, **Baumann (1986)** señala que “la división de roles no impide tan sólo la parcialidad del juez, sino que también suprime la necesaria posición de objeto del acusado. La circunstancia que el acusado enfrenta a alguien que se le opone (el Ministerio Público) da mayor libertad a su posición jurídica. Ya no es simple objeto de una *inquisitio* por el juez omnipotente a quien debe guardarse de atacar, sino un sujeto procesal y un contrincante del fiscal, contra el cual puede arremeter enérgicamente, sin temer los inconvenientes y la parcialidad del juez”.

- La necesidad de congruencia entre la acusación y la sentencia constituye el tercer componente del principio acusatorio.

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 -tal como lo indica **Burgos Mariños (2002)**-.

- Finalmente, el círculo de exigencias del principio acusatorio se cierra con 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.

Según **Gimeno Sendra (1997)** 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.

D. Las garantías específicas del proceso penal peruano

1. Principios relativos a la forma de los actos procesales (oralidad y escritura)

Por proceso oral en la actualidad, no se debe entender un procedimiento absolutamente oral, por lo que no todos los actos procesales necesariamente hayan de realizarse de forma verbal. Si bien en el Derecho Romano clásico dominó la oralidad, lo fue a través de las solemnidades del procedimiento formulario, que estaban escritas. Pero fue con la aparición de la *“apellatio”* y de la *“supplicatio”* en la Reforma Imperial, que se introdujo la obligatoriedad de la escritura de los alegatos y la aseguración de la prueba en la primera instancia. También el primitivo derecho germano consagró la oralidad en el proceso hasta que, bajo la hegemonía del Derecho Romano-Canónico, dicho principio fue sustituido por el de que *“quod non est in actis in mundo”*. A partir de la Decretal de 1216 del Papa Inocencio III, se consagra absolutamente el principio de la escritura, de tal modo que todo acto procesal, aun cuando fuere intervenido por el juez, debía ser redactado por un *“notario”* o *“actuario”* en un protocolo y, por tanto la sentencia debía basarse exclusivamente sobre esta actas –**Cappelletti (1972)**-.

El predominio del principio de la escritura en el proceso penal del Antiguo Régimen convirtió al *“plenario”* o juicio en un mero apéndice de la *“información sumaria”* o *“sumario”*, estímulo la mediación y el carácter secreto de las actuaciones.

Frente al principio *“du secret de l’enquete”*, tras la Revolución Francesa, el pensamiento liberal opuso los principios de oralidad y publicidad, llegándose a consagrar la regla de que *“quod non in ore, non in mundo”*: tanto la acusación como incluso la misma prueba documental,

para ser tomada en consideración por el tribunal del jurado, habían de ser leídas ante su inmediación.

Pero, en la actualidad, lo decisivo para la calificación de un proceso como oral es su fase probatoria. Un proceso penal es oral, si la fundamentación de la sentencia se realiza exclusivamente mediante el material de hecho, introducida verbalmente en el juicio -conforme lo señala **Roxin (2000)**-. Por el contrario, es escrito, si la sentencia se elabora conforme al resultado de las actas.

Lamentablemente nuestro proceso penal ordinario si bien su segunda etapa procesal es llamada del juicio oral, las sentencias en su inmensa mayoría, son consecuencias de la lectura de las actas, mas no de las audiencias orales. La excesiva carga procesal y la habitualidad en la suspensión de las audiencias, han convertido al juicio oral en un procedimiento compuesto por un sin número de mini audiencias o audiencias diminutas, que terminan por desvanecer el aporte del principio de inmediación, y hacer depender a los jueces del contenido del expediente (escrituralidad).

2. Principios referidos a la relación entre juez y las pruebas (inmediación y mediación)

Como lógica consecuencia de la vigencia del principio de oralidad, surge en la fase probatoria el principio de inmediación. Según este principio, la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órganos jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia. Un procedimiento está presidido por el principio de inmediación cuando el Juez o Tribunal está obligado 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.

La vigencia del principio de inmediación obliga a que la sentencia sea dictada también con inmediatez temporal, porque, de otro modo, los resultados favorables de aquella, tales como las impresiones y recuerdos, se borran o desaparecen de la memoria de los miembros del Tribunal, y ello haría necesaria la declaración de nulidad y consiguiente repetición del juicio oral.

3. Principio referente al conocimiento de los actos procesales (publicidad y secreto)

El principio de “*publicidad*” del proceso penal fue una conquista del pensamiento liberal. Frente al procedimiento escrito o justicia del gabinete del Antiguo Régimen, el movimiento liberal opuso la publicidad del proceso como seguridad de los ciudadanos contra la arbitrariedad judicial y política (injerencia del ejecutivo en la administración de justicia). También ese principio de publicidad aporta como medio para el fortalecimiento de la confianza ciudadana en sus jueces, y a la seguridad jurídica.

Por proceso público cabe entender aquel procedimiento en que la ejecución o práctica de la prueba se realiza mediante la posibilidad de asistencia física, no sólo de las partes, sino de la sociedad en general. El procedimiento es público cuando con anterioridad al inicio de las actuaciones del juicio oral el tribunal dispone la “*audiencia pública*”; es secreto cuando transcurre “*a puerta cerrada*”.

Este principio se encuentra fuertemente afectado en el proceso penal sumario, pues, al resolverse en una sola etapa, en el Perú llamada de instrucción, la publicidad de la actuación probatoria queda excluida totalmente, lo que genera alta probabilidad de justicia de gabinete.

4. Principios referidos a la marcha de los actos procesales (celeridad)

El denominado principio de “*aceleración*” o de celeridad del procedimiento es otro de los principios que conforman la sucesión temporal de los actos procesales. Presenta, en la actualidad tres importantes manifestaciones: a) desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, la celeridad ha de obtener mediante la adecuada combinación de los principios de preclusión, eventualidad y concentración del procedimiento; b) desde la legalización constitucional, es un auténtico derecho fundamental el que todo ciudadano tiene “a un proceso sin dilaciones indebidas”; y c) desde 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.

Desde una perspectiva constitucional, el principio de celeridad se manifiesta también como un auténtico derecho fundamental, que a todo ciudadano asiste, a un proceso “sin dilaciones indebidas o a que su causa sea vista dentro de un plazo razonable” (artículo 6°.1 del Convenio de Derechos Humanos).

Se trata de un derecho subjetivo constitucional, que asiste a todos los sujetos que hayan sido parte en un procedimiento penal, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, y que se dirige 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.

E. Las garantías mínimas del proceso penal en el contexto del derecho internacional

Sin duda que el proceso penal tiene un alto contenido constitucional, pues regula en esencia, el conflicto entre el poder estatal sancionador (*o ius puniendi*) y los derechos fundamentales de las personas (la libertad personal, principalmente), lo que a su vez puede generar un conflicto que trasciende a veces la naturalidad de los jueces competentes en su competencia ordinaria (doble instancia), e incluso, la competencia de sus territorios nacionales, generando la competencia del Tribunal Constitucional, en el primer caso, o la competencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos. En nuestro país han existido varios casos famosos¹.

Cada Estado Democrático se encuentra sometido a la observancia de un conjunto de reglas mínimas que deben de observarse para el ejercicio de su *ius puniendi*, y ello constituye en realidad, un verdadero concepto normativo de un debido proceso penal, en el que tanto el legislador nacional pero fundamentalmente el juez penal, deben de observar.

El significado material y constitucional de un proceso penal, frente a los vacíos legales o errados criterios de interpretación, encuentran por lo general acogido en la jurisdicción internacional, de ahí que resulta importante tener en cuenta, el marco de vigencia de las reglas mínimas de un proceso penal según la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los que en defecto de la legislación y justicia interna, son los verdaderos referentes de la justicia penal actual.

¹ Los casos de violación al debido proceso, son los casos de Lori Berenson, condenada por terrorismo por la justicia militar; el caso Alan García, entre otros, en la que justicia internacional en materia de Derechos Humanos se ha pronunciado, obligando a la justicia ordinaria a acatar sus fallos. Recientemente, el Tribunal Constitucional peruano en discutida sentencia ha declarado fundado el habeas corpus interpuesto por el procesado Luis Bedoya de Vivanco, en el marco de un proceso de corrupción que le sigue. En esta sentencia, con razón creemos, que el tribunal se pronuncia sobre un mandato de detención dictado sin la debida fundamentación.

Existen dos importantes instrumentos internacionales, que para el Perú constituyen verdaderas normas vinculantes, pues vinculan al Estado en su deber de resguardar los derechos humanos, ellas son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). Cada uno de estos instrumentos poseen las reglas mínimas que cada Estado debe observar para preservar los derechos fundamentales en el marco de la función jurisdiccional en lo penal.

1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este instrumento fue adaptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y fue aprobado por el Perú mediante el Decreto Ley N° 22128 del 28 de marzo de 1978, y posteriormente ratificado por la XVI Disposición final y transitoria de la Constitución de 1979.

En su artículo 9° prevé que ***“todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la Ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta”***. A consecuencia de ello, el Pacto regula aquí, tal vez lo más importante y acuciante del proceso penal, la libertad del imputado en el proceso penal.

Así tenemos por ejemplo, que toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Respecto a la detención judicial introduce el principio de la excepcionalidad de la detención, también el *derecho al recurso* y a un juicio breve. Al decir del Pacto, la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no deben ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a

garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y; en su caso para la ejecución del fallo.

En el artículo 10° se establecen las garantías que tiene toda persona que ha sido detenida, como a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, a la separación entre procesados y condenados, de menores y de adultos.

En el artículo 14°, se condensa la mayoría de principios que rigen al proceso penal², los cuales deben ser respetados mínimamente para los efectos de legitimar la imposición de una pena, por cualquier Estado que es parte y firmante de este Tratado: como el principio de igualdad, derecho de defensa, derecho al juez natural, independiente e imparcial, principio de publicidad, principio de presunción de inocencia, entre otras.

² ***“todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, especialmente por la Ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo elija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.***

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley.

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por su defensor de su elección;

A ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable;

En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”.

2. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Este instrumento fue suscrito en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y fue aprobada en el Perú mediante Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978, y posteriormente ratificada por la XVI Disposición final y Transitoria de la Constitución de 1979.

Al igual que en el caso anterior, lo primero que se regula es la libertad de la persona humana frente a la acusación de un delito, o más bien, la libertad del imputado durante el proceso penal. Así, en el artículo 5° se regula el Derecho a la Integridad Personal, al establecer que **“toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”**, y que, **“nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”**. Por su parte en el artículo 7° se regula el derecho a la libertad personal:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Publicas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un

plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decidida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. **Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.**
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Por su parte, recién a partir del artículo 8° se regulan las garantías judiciales³, como el principio de defensa, el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, el derecho a un juez natural, independiente e imparcial, principio de inocencia, entre otras.

³ **“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.**

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:

Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defiende por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la Ley;

Derecho de defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y;

Derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

De tal modo que, el concepto de proceso penal y los derechos fundamentales en él en juego, vienen al final completados y valorados por estas normas que forman parte de una jurisdicción internacional, y que según nuestro sistema legal, también son de aplicación directa al igual que las normas constitucionales ya mencionadas, y que en todo caso, sino son garantizados al nivel de la jurisdicción interna, lo serán en el ámbito de la jurisdicción supranacional, pero en ningún momento quedaran desprotegidos.

Pero tal vez, el instrumento internacional de referencia más importante, que establece las reglas mínimas para los procesos penales de todo el mundo, estén contenidas en las “Reglas de Mayorca”⁴, que para mayor fidelidad, lo transcribimos in extenso.

2.2.4. Teorías que amparan el garantismo

A. Teoría del Garantismo

La teoría jurídica de **Luigi Ferrajoli (1995)** tiene sustento en las ideas pertenecientes a la Escuela analítica italiana (Escuela de Turín), cuyo fundador fue **Norberto Bobbio (1998)**, dentro de la cual, se formó una nueva generación de filósofos del derecho, los cuales lograron conciliar la tradición que había separado la filosofía jurídica de la ciencia del derecho y de la práctica judicial. En el contexto de la filosofía analítica participaron distintos teóricos y filósofos del derecho como *Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli, Giovanni Tarello, Giacomo Gavazzi, Mario Jori*, entre otros.

Desde éste plano, la teoría garantista lleva a cabo un riguroso análisis del lenguaje normativo dentro del universo del discurso de la

⁴ las reglas mínimas del proceso penal, también conocido como “Reglas de Mallorca”, es un documento redactado con la participación de números expertos, donde destaca nuestro compatriota José Hurtado Pozo, que al ser aprobado por las Naciones Unidas, se ha convertido en una importante fuente interpretativa de las garantías mínimas del procedimiento penal.

dogmática jurídica y la teoría del derecho, así mismo se ha propuesto toda una arquitectura teórica compuesta por términos, definiciones y teoremas, a la cual denomina: Teoría axiomatizada del derecho, sobre la que reposa su Garantismo.

Existen tres planos sobre los cuales podemos entender el garantismo, según **Ferrajoli (1995)**, y son los siguientes:

a.) Modelo normativo de derecho: se caracteriza como un sistema de poder mínimo que concibe a los derechos fundamentales como límites, a través del cual se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad, por parte del gobernante. Propone una reestructuración de la democracia, escindiéndola en dos dimensiones: democracia formal (relacionada con el procedimiento) y democracia sustancial (ligada al contenido de esas decisiones). Esta última concepción se relaciona directamente con la legitimidad formal y sustancial, creada a partir de la redimensión del concepto de democracia y relacionada directamente con el cumplimiento de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho.

b.) Teoría del derecho y crítica del derecho: el aporte de la positivización de los derechos es propia del positivismo jurídico; la cual se relaciona directamente con el garantismo, argumentando que mediante la creación del Estado Liberal de Derecho se brindó seguridad jurídica al gobernado. Partiendo de la concepción clásica de validez, vigencia y eficacia de las normas jurídicas, propone un *ius positivismo* crítico, frente al *ius positivismo* dogmático. El *ius positivismo* dogmático sigue el esquema rígido de vigencia de la norma, donde se privilegia la forma de producción de la misma, en lugar de su contenido. Por otro lado, el *ius positivismo* crítico retoma las tres características ya referidas, aquí el juez se encuentra obligado a emitir juicios de validez de las normas,

dotando de sustancia a las mismas leyes ante la existencia de lagunas y antinomias en la ley, procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emite.

c.) Una filosofía de la política: ésta última concepción concibe al Estado como un instrumento o fin legitimado para garantizar los derechos fundamentales. El garantismo como doctrina filosófica política permite la crítica de las instituciones jurídicas positivas, conforme a la clásica y rígida separación (propia del positivismo), entre derecho y moral, o entre validez y justicia. *Ferrajoli* retoma el concepto de autopoyesis, de *Niklas Luhman* sobre el carácter autorreferencial de los sistemas políticos, repasa la división clásica que hace el autor alemán sobre las siguientes doctrinas: “las autopoyéticas, en las cuales el Estado es un fin y encarna valores ético políticos de carácter supra social y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos, y, por otro lado, están las doctrinas heteropoyéticas, en éstas, el Estado es un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si el mismo los viola”. De esta forma, el garantismo, en sentido filosófico político, consiste esencialmente en la fundamentación heteropoyética del derecho, separado de la moral en los diversos significados de tal manera, que la deslegitimación externa de las instituciones jurídicas positivas dependerá directamente de la eficacia con la que esos derechos sean cumplidos.

B. Teoría general del garantismo

Marina Gascón Abellán (s/a) desarrolla la “Teoría General Del Garantismo”, quien afirma que en la teoría jurídica actual, hablar del garantismo remite necesariamente a la obra de **Luigi Ferrajoli (1995)**, “Derecho y Razón”, que, aunque lleve por subtítulo “teoría del garantismo

penal”, está sustentada en una “teoría general del garantismo” de la que - como indica **Mario Jori (1993)**- podrá disentirse en todo o en parte, pero de la que ahora en adelante ya no se podrá prescindir. Esta teoría general es “la teoría del derecho propia del estado constitucional de derecho”; es decir, la que inspira y promueve “la construcción de las paredes maestras del Estado de Derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal”. Por eso el garantismo no es simple legalismo; o, si se quiere, no es compatible con la falta de limitación jurídica del poder legislativo, pues la mera sujeción del juez a la ley puede convivir con las políticas más autoritarias y antigarantistas.

Así pues, a algunas teorizaciones de gran predicamento en los últimos tiempos que ven en el Derecho una obra colectiva y cooperativa -y que parecen asumir implícitamente una confianza en la bondad del poder o de la anomia-, la teoría general del garantismo arranca, como punto de partida, de la idea -presente ya en *Locke* y en *Montesquieu*- de que del poder hay que esperar un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del Derecho un “sistema de garantías”, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos. El garantismo se opone al autoritarismo en política y al decisionismo en Derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad; en definitiva, el gobierno *sub leges* (mera legalidad) y *per leges* (estricta legalidad).

Luigi Ferrajoli (1995) utiliza la expresión “garantismo” bajo tres acepciones: en la primera designa un modelo normativo de Derecho (el modelo del Estado de Derecho); en la segunda, el garantismo es una teoría jurídica (la del “*ius positivismo crítico*” como opuesta al *ius positivismo dogmático*); y en la tercera, el garantismo es una filosofía

política (la que funda el Estado en el reconocimiento y la protección de los derechos).

Pese a que este sea el orden seguido por el autor, creo que la teoría general del garantismo puede ser mejor comprendida si es presentada como la conjunción de una cierta tesis metodológica en el análisis meta-jurídico y jurídico y una cierta doctrina de filosofía política. La tesis metodológica es la que mantiene la separación entre el “ser” y el “deber ser”. La doctrina de filosofía política es la que entiende al Estado y al Derecho como artificios o instrumentos para la tutela y garantía de los derechos naturales (vitales) de los individuos.

C. Teoría del garantismo procesal

A mediados del siglo XX nace una nueva concepción del proceso superando la clásica idea de mero instrumento para resolver conflictos, encontrando su sentido en las garantías procesales para la defensa de los derechos fundamentales del hombre; juristas como *James Gold Schmidt*, *Enrico Liebman*, *Giuseppe Bettiol*, sostenían la vinculación del proceso con la Constitución en la que se halla el fundamento racional, político y jurídico del proceso; aunado a ello nace una nueva corriente de humanización del proceso que deja el ritualismo y formas severas para ponerse al servicio del hombre con respeto de sus derechos fundamentales; estas nuevas concepciones permiten que a principios del siglo XXI surja una nueva teoría sobre la naturaleza jurídica del proceso, la teoría del garantismo procesal.

El garantismo procesal plantea la necesidad de contar con jueces que respeten y hagan respetar en todo proceso las garantías constitucionales. **Luigi Ferrajoli (1995)** en su libro “Derecho y Razón”, destaca que por encima de la ley con minúscula existe una ley con mayúscula que viene a ser la Constitución, conforme a un Estado

Constitucional de Derecho ella prima sobre cualquier norma de menor jerarquía y es vinculante para todos los poderes del Estado, conforme a su supremacía objetiva y subjetiva. El garantismo procesal requiere de jueces comprometidos con la constitución, con la observancia del debido proceso, del derecho a la defensa, a la doble instancia, a la igualdad, e imparcialidad funcional haciendo efectiva la tutela jurisdiccional.

No obstante, resulta pertinente anotar que para algunos, los antecedentes del garantismo procesal datan del año 1789 con la Revolución Francesa de la edad moderna, que aporta el nuevo concepto de derecho y del proceso, este último como un método que asegura la igualdad de los litigantes, protege el derecho de defensa y como parte del mismo el derecho a alegar hechos y a probar, asegura la presencia de un juez imparcial humano.

La teoría del garantismo procesal ha tenido acogida en algunos países de Europa, como España e Italia, cuenta con procesalistas destacados en sus filas, como **Adolfo Alvarado Belloso (s/a)**, **Antonio María Lorca Navarrete (2008)**, por citar algunos; esta teoría se desarrolla en el marco del neo - constitucionalismo, más principios menos reglas, mayor importancia en el rol del Juez como garante de los derechos fundamentales en el proceso.

2.3. PRINCIPIO DE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS

2.3.1. Definición

Es uno de los derechos de los justiciables, ya sea demandado o demandante, procesado o agraviado, es el poder recurrir a las instancias superiores, cuando consideren que una resolución judicial (auto o sentencia) es incorrecta por ilegal o porque tal pronunciamiento no ha meritudo adecuadamente las pruebas o no se ha aplicado en forma

correcta los dispositivos legales, a fin de que el órgano jurisdiccional superior, con mayor autoridad, con mayor estudio y ponderación, revise la resolución en grado y expida un pronunciamiento más justo.

Este principio de recurrir a instancias superiores tácitamente reconoce las insuficiencias, las deficiencias, las parcialidades y las incorrecciones en los organismos jurisdiccionales de las instancias inferiores. Y por ello este derecho en sus alcances y objetivos, se constituye en garantía para los justiciables. Podríamos afirmar que la pluralidad de instancias es una forma de hacer realidad el derecho constitucional o denominado tutela jurisdiccional.

El **Código Procesal Penal** consagra en su título preliminar en una de sus manifestaciones, el denominado principio de recurribilidad, en virtud del cual las decisiones adoptadas en un proceso son susceptibles de cuestionar o atacar, salvo disposición contraria establecida en la ley.

Según **Félix Mamani (s/a)**, la Pluralidad de instancia constituye un principio y, a la vez un derecho inherente a la naturaleza propia de la función jurisdiccional. Esta materia se encuentra prevista en el inciso 6 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, en los siguientes términos: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La Pluralidad de la Instancia.

En nuestro país su regulación constitucional se inicia con la **Constitución de 1823**. De manera concordante y con sujeción a lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución menciona 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, con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, la materia de estudio se encuentra contemplada en el artículo 14° del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desde una perspectiva histórica el profesor **Julio Geldres Bendezú (2000)**, considera que: "su génesis se remonta a la decisión adoptada por el cónsul romano *Publio Valerio* aproximadamente unos 450 a.c". Al respecto dicha autoridad más conocida como "Publicola" que significa amigo del público concedió a todo ciudadano condenado a muerte o a la flagelación, el derecho de apelar ante la Asamblea. La instancia se entiende como una de las etapas o grados del proceso.

En pluralidad, se trata del ejercicio del derecho al recurso impugnatorio. Así, lo que resulta cautelado las decisiones de los jueces y tribunales, una vez terminada una etapa del proceso, pueda ser objeto de una ulterior revisión que tiene en cuenta su actuación y el fallo. La pluralidad de instancia permite que una resolución sea vista en una segunda y hasta en una tercera instancia. Es decir, existe la posibilidad de que un error, deficiencia o arbitrariedad contenida en una resolución expedida por un órgano jurisdiccional de instancia menor, pueda ser subsanado, dice **García Toma citado por Valcárcel Laredo (2008)**.

Se considera que las instancias superiores están dotadas de un mayor nivel de conocimiento jurídico y de experiencia funcional. La instancia plural es además una seguridad para el propio juez, ya que los fallos de resultar correctos habrán de ser corroborados por el superior jerárquico. En cambio, si las decisiones son equivocadas como consecuencia de la existencia de cualquier tipo de deficiencia o insuficiente interpretación de la ley, dicho superior habrá de enmendadas.

La **Comisión Andina de Juristas (1997)**, considera que: "Implica la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió. Esto obedece a que toda resolución es fruto

del acto humano, y que por lo tanto, puede contener error, ya sea en la determinación de los hechos o en la aplicación del derecho, los cuales deben ser subsanados".

La existencia de la pluralidad de instancia permite alcanzar los dos objetivos siguientes: a) Reforzar la protección de los justiciables ante el error, *incuria* o negligencia del ente juzgador. b) Establecer un control intrajurisdiccional de los órganos superiores sobre los inferiores, en relación a la calidad y legalidad de las resoluciones expedidas. Para que dicho derecho sea operativo la doctrina exige la eliminación de obstáculos irrazonables o *vacuos* (plazos muy breves, exceso de burocratismo, pago exorbitante de tasas, etc.).

Debe advertirse que a tenor de lo que dispone la **Constitución** en otros apartados, se admite por vía de excepción que no exista instancia plural en lo relativo al conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional, el inciso 1 del artículo 202º de la constitución considera que: "Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad", y en el abocamiento de las materias contencioso-electorales, previsto en el inciso 4 del artículo 178º de la constitución menciona que, " Administrar justicia en materia electoral". En nuestro país, los grados de la administración de justicia ordinaria, teniendo en cuenta su rango de inferior a mayor jerarquía son los siguientes: a) Jueces de paz. b) Jueces de paz letrados. c) Jueces de especialización (civiles, penales, de trabajo, etc.). d) Las Cortes Superiores. e) La Corte Suprema de Justicia.

2.3.2. El derecho fundamental de la pluralidad de instancias

De los horrores vividos en la segunda guerra mundial, se trasmuta de los derechos constitucionales a la idea de los derechos fundamentales. Según **Pérez Royo, Javier (2000)** no basta que los derechos sean

enumerados sin más por la Constitución, la guerra permitió vislumbrar su poca efectividad, se impuso así la necesidad de establecer ciertos derechos como fundamentales. “Para que los derechos se conviertan en fundamentales tienen que incorporarse a una Constitución que se afirme expresamente como norma jurídica y que prevea mecanismos para garantizar su supremacía sobre las demás normas del ordenamiento y en particular sobre la ley, son las garantías constitucionales las que hacen que la constitución deje de ser un documento exclusivamente político para pasar a ser además una norma jurídica, también son ellas las que hacen que los “derechos de las declaraciones” se conviertan en “derechos fundamentales”.

En principio, una errada interpretación, llevaría a sostener que la Constitución no consideraría los derechos y principios contenidos en su artículo 139°, y demás normas de esta misma índole como derechos fundamentales dado que se ubican en el Título II “De la Estructura del Estado” y el Capítulo VIII “Poder Judicial”, y no en el Capítulo I del Título I, de los “Derechos Fundamentales”; empero, por imperio del artículo 3° de nuestra Carta Magna y la falta de un tratamiento diferente para los derechos fundamentales o no en relación a las acciones de garantía establecidas en el artículo 200°, es nuestra posición que los derechos y principios de la función jurisdiccional, que se incluyen en el artículo 139°, deben ser correctamente considerados como derechos fundamentales cuya preceptividad es inmediata, es decir, su vigencia es automática no requiere de ley posterior que desarrolle tales derechos, y su vulneración por el Poder Público podría ser observada incluso mediante proceso de amparo. A nivel Constitucional, la Constitución Política del Perú establece la pluralidad de instancia en el numeral 6) de su artículo 139°. Desarrollando tal norma, el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil y el artículo I numeral 4 del Código Procesal penal que establecen el primero el principio de doble instancia y el segundo el principio de recurribilidad. Primero deseamos realizar una precisión sobre

su calificación como principio. Según **Rubio Correa (1993)** “Los principios generales del Derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, sub-conjuntos, conjuntos y del propio Derecho como totalidad”, por lo que su presencia no es perceptible sólo a nivel constitucional, sino que se encuentran dentro del derecho procesal civil y penal, es decir, dentro de estas ramas jurídicas se dan principios particulares como el de la doble instancia y la recurribilidad que se viene comentando.

Además, los principios pueden estar o no contenidos en las normas legislativas, lo que no afecta su vigencia, vale decir que los principios del derecho, en general, y los del proceso civil y penal, en particular, se encuentran vigentes hayan sido o no legislados. Sin embargo, estas normas del Título Preliminar, pese a su condición de principios o criterios rectores desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del derecho, formalmente hablando, son un conjunto de normas jurídicas con rango de ley (es decir del mismo valor que las demás leyes, decretos legislativos y otras normas equivalentes); esto quiere decir, que para su modificación, suspensión o derogación rigen las reglas comunes del sistema, sería otra norma de rango equivalente la que los modifique sin más trámite que su aprobación de acuerdo a la Constitución, por lo que su vigencia, validez y cumplimiento son imperativas, máxime cuando las normas procesales son de carácter público e indisponibles para las partes. Segundo, nuestra ley procesal habla de doble instancia y recurribilidad, salvo disposición legal distinta, para no entrar en conflicto con la Constitución, la disposición legal distinta solamente podría, en ciertos asuntos, aumentar el número de instancias dentro de la administración de justicia, en ningún caso podría reducir el número a uno, porque en tal hipótesis resultaría vulnerando la garantía constitucional de la instancia plural.

Todo lo expuesto, nos lleva a concluir en este punto que: En el Perú, por expreso mandato constitucional, no puede existir un proceso con instancia única. En el proceso civil rige en principio, la doble instancia y en el proceso penal rige el principio de recurribilidad. Es posible que el proceso civil y penal tenga más de dos instancias, cuando exista disposición legal expresa que así lo determine.

2.3.3. Pluralidad de instancia y tratados internacionales

Se debe acudir a los tratados internacionales para ver el reconocimiento de dicho derecho. Así, tenemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su artículo 14° numeral 5 contiene lo siguiente: ***“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 nos dice: ***“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: (derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior)”***.

Como podemos ver, el derecho a una pluralidad de instancias, según los tratados internacionales de los que el Perú es parte, limitan la pluralidad de instancia al ámbito penal, por lo que podría haber normas legales que limiten la pluralidad de instancia en la materia antes indicada, o que establezcan inclusive procesos penales de una sola instancia.

2.3.4. Doble instancia como contenido constitucional del derecho a la pluralidad de instancias

Como ya se ha visto anteriormente, la Constitución no establece si la doble instancia se ve satisfecha con dos o más de dos instancias. Resulta pertinente entonces determinar un número de instancias que satisfaga la racionalidad de tal derecho y como tal se encuentre garantizado por el contenido esencial de la doble instancia.

Para tal efecto, interesa tener presente a **Zagrebelky (1997)** cuando señala que “en el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente”. Y es que, como señala **Peter Häberle (2003)**, el Derecho no puede detenerse ante la constatación de antítesis e incompatibilidades, sino que debe conciliarlas. Es lógico reconocer que la existencia de la apelación, como puede ser regular un proceso por audiencias (para hacer efectivo el principio de oralidad) o la necesidad de la notificación para posibilitar el contradictorio, representa inversión tiempo en el desarrollo del proceso. Tiempo que no se debe menospreciar de cara a la tutela jurisdiccional efectiva y la oportunidad de la tutela jurídica. Este es un interés, un valor, que no se puede obviar al postular el carácter esencial de la doble instancia en todo proceso jurisdiccional. Interesa pues cuidar la oportunidad de la respuesta judicial como la garantía de la doble instancia. Por lo que la extensión de la pluralidad de instancias, en términos del número de instancias que corresponde reconocer, pasa por conciliar el rigor procesal y la celeridad procesal.

Desde esta perspectiva el reconocimiento de la doble instancia no puede llevarnos a postular un proceso con tres, cuatro o cinco instancias, como era el temor de **Ramírez Del Villar citado por Priori Posadas**

(2005). De allí que un sentido de racionalidad nos lleva a limitar las instancias a lo necesario para que se cumpla su comentado: *la revisión de lo decidido en primera instancia*; pues, de lo contrario, el exceso de instancias, sí afectaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, dado que, en ese caso, sí entorpecería la resolución oportuna del conflicto jurídico.

De allí que el contenido constitucionalmente protegido de la doble instancia se ve satisfecho con una segunda instancia. Lo contrario, regular procesos con tres o más instancias, afectarían el interés de la celeridad procesal que busca que los procesos se resuelvan en el menor tiempo necesario sin afectar otros derechos con ello. Considerando la calidad de la práctica procesal penal actual, con un recurso de casación que ha demostrado su ineficacia funcional absoluta, resulta aconsejable dos instancias plenas, no limitadas.

Al respecto, el **Tribunal Constitucional** ha señalado expresamente que el derecho a la pluralidad de instancias, es una de las garantías formales que tiene “por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza” (**Expediente N° 3261-2005-PA/TC**). En la **STC N° EXPS. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC** el Tribunal Constitucional ha precisado que “Éste (derecho) garantiza que en la dilucidación de una controversia planteada en sede judicial, exista una estructura jurisdiccional que, *cuando menos*, se encuentre organizada en una doble instancia, y para cuyo acceso se prevean los medios impugnatorios que correspondan”. Igualmente, en la **STC N° 03261-2005-AA/TC** ha precisado que “el derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de

que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal”. En este contexto ha precisado que **“el problema relativo a cuáles y cuántas deben ser esas instancias jurisdiccionales no ha sido precisado por la disposición constitucional que reconoce tal derecho, por lo que, en base a las exigencias que se derivan del principio de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales, artículo 2º, inciso 24, ordinal a), de la Ley Fundamental, el laconismo constitucional de su formulación lingüística debe entenderse en el sentido de que su determinación es una tarea que compete al legislador”**. También ha **“advertido que la condición de derecho de configuración legal no quiere decir que el legislador pueda decidir si prevé (o no) tales instancias. Dado que el inciso 6) del artículo 139º no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia plural, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la doble instancia”**.

Con miras a conciliar la ya referida colisión de intereses, consideramos que la racionalidad de la doble instancia, orientada a la posibilidad de revisión de la decisión judicial por un órgano distinto, se ve satisfecha de manera suficiente con dos instancias, no más.

2.3.5. Finalidad de la doble instancia o doble grado de jurisdicción

El doble grado es sinónimo de doble instancia y su finalidad es un reexamen de la materia controvertida. El profesor **Liebman (1980)** señalaba que **“el objeto de la cognición del juez de segundo grado es directamente la controversia ya decidida por el primer juez, no ya solamente la sentencia porque éste pronunciada y las censuras**

hechas valer contra ella, o dicho en otros términos, el control de la decisión apelada es solamente un modo de proceder al nuevo examen de la controversia, se entiende en el ámbito de la apelación que se ha propuesto. En todo caso, la sentencia que se pronunciará en apelación será la nueva decisión de la causa, que absorberá y sustituirá en todo caso a la del primer grado”.

Liebman (1980), continúa refiriéndose a la apelación señalando lo siguiente, “la vía de la apelación para obtener un nuevo juicio del juez superior está abierta a la parte solo por el hecho del vencimiento y sin limitación de los motivos que se pueden hacer valer para sostener que la sentencia de primera instancia fue el fruto de errores de actividad o de juicio, o que, aun sin error alguno, es diversa la que debería ser para responder a la verdad de los hechos y del derecho a ellos aplicable”.

Así mismo el **Tribunal** ha sostenido que el derecho a la pluralidad de la instancia tiene por objeto garantizar que todo justiciable “tenga la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (**Expediente N.º 03261-2005-AA/TC**).

Por su parte **Eugenia Ariano (2003)** señala que el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho constitucional garantista y por tanto necesario para que el justiciable encuentre realmente justicia, llegando a proponer que todas las resoluciones emitidas en un proceso judicial deben ser materia de impugnación, sea decretos, autos o sentencias (sin distinguir su importancia y trascendencia), además propone que todas las apelaciones sean concedidas sin la calidad de diferidas, es decir que todas sean de conocimiento inmediato del superior

jerárquico (sin pensar en la carga procesal que podría suscitar este sistema).

El sistema del doble grado de jurisdicción, según **Iván Díaz (s/a)** se rige por el principio dispositivo y el principio de imitación. Es decir, el juez superior solo conoce aquellas cuestiones que le sean sometidas voluntariamente las partes mediante el recurso de apelación (*nemo iudex sine actore*) y conocerá los puntos en las que las partes manifiesten su agravio (*tantum devolutum quantum appellatum*) quedando los puntos no apelados consentidos por haber pasado a la autoridad de cosa juzgada.

2.3.6. Normativa Internacional

A. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Establece en el artículo 8º inciso 2, el principio de doble instancia ante un Juez o Tribunal Superior, que debe entenderse además como un juez diverso al que conoció en primera instancia. Dispone esa norma: **“Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas, h) Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”**.

B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Regula el derecho de “apelación” en el artículo 14.5 el cual prevé: “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”.

Se ha interpretado esa norma en el sentido de que la revisión del fallo debe necesariamente garantizarse ante un tribunal superior, entonces se habla de dos instancias judiciales y no una. Se entiende

además que la segunda es de rango superior. Esta garantía no se vería satisfecha entonces con la doble revisión por parte del mismo Juez o Tribunal. Así lo ha resuelto el **Comité de Derechos Humanos**.

La **Comisión de Derechos Humanos** estima que limitan de hecho la posibilidad de recurrir aspectos como la burocracia, los plazos excesivamente cortos, y las largas demoras del tribunal de alzada para resolver. Además, ha sentenciado que la revisión que se limita a cuestiones de derecho (caso típico del recurso de casación) no satisface las disposiciones de la doble instancia. Finalmente ha dispuesto que en el recurso de apelación, el tribunal debe revisar no sólo los motivos del recurso, sino también si se han cumplido las exigencias del debido proceso.

C. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Históricamente, según **Zambianchi, Jorge y otros (2000)** se ha debatido si el recurso de casación satisface o no los requerimientos relativos a la garantía de la doble instancia judicial. En algunos países como Argentina, se ha asegurado en tiempos anteriores que sí es así en el tanto no se regule la casación con demasiado rigor formalista, para que el tribunal de Casación pueda examinar si la sentencia es válida y si se han respetado los derechos fundamentales de las partes.

No obstante, la interpretación de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** es que el derecho al recurso implica una instancia adicional que verifique todos los extremos DE HECHO y de DERECHO que llevaron al Juez de la instancia inicial a resolver como lo hizo. Se trata de un nuevo examen de los hechos y una nueva oportunidad para la parte de ejercer la defensa de su tesis.

Para la **Corte Interamericana**, el derecho al recurso no se satisface únicamente estableciendo un tribunal superior, sino que éste debe ser accesible, ordinario, eficaz e integral. **La Corte, conociendo el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, estimó que el recurso de casación en nuestro país en materia penal no satisfacía los requisitos de ser un recurso amplio sino más bien limitado, donde el tribunal superior no realiza un análisis o examen comprensivo e integral.** Por ello condenó al Estado por estimar que violó en ese caso el artículo 8º inciso 2 literal h) de la Convención Americana, y le conminó a adecuar su ordenamiento jurídico interno en un plazo de seis meses.

Como el fallo de la Corte no ahondó en las razones que tuvo para considerar la casación superficial, se ha analizado un peritaje rendido en el expediente atinente al caso, conforme al cual el perito expuso: “La revisión que hace el Tribunal de Casación Penal es muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho. El recurso de casación deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba; las cuestiones fácticas; y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan”.

En general, se admite que la casación en sí misma, tal como está diseñada hoy en día no da lugar a una instancia, como sucede con las apelaciones de las sentencias, pues precisamente existe contra las sentencias en segunda instancia dictadas por los tribunales superiores y que reúnan ciertos requisitos. Además, se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual se encuentra limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza lo justifique.

La **Sala Constitucional de la Corte** ya ha reconocido que tratándose de derechos humanos, los convenios o tratados internacionales se encuentran al nivel de la Constitución o incluso por encima de ella cuando regulan en forma más amplia el ejercicio de un

derecho fundamental. Así que el Estado costarricense deberá, actualmente fuera de plazo, definir cómo va a cumplir ese mandato del ente internacional ya citado. Tiene varias opciones cuales son implementar un recurso de apelación como fase previa a la casación, o bien ampliar la casación, por vía normativa o jurisprudencial.

2.3.7. Teorías que amparan la doble instancia

A. Teoría del derecho al doble conforme

Favarotto Ricardo S. (2012), explica que en el plano global, según la prístina fórmula del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDC y P), “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 prescripto por la ley” (artículo 14° numeral 5). La nitidez del texto no deja lugar a resquicios para las dudas; en efecto, se trata de un derecho exclusivo de aquél que fue culpabilizado en primera instancia, con exclusión de las partes acusadoras, pues como lo expusiera el representante Argentino, Doctor **José María Ruda (1959)**, en las extendidas discusiones que precedieron a la aprobación del tratado, “la ley debe conceder idénticas garantías a todos los que se encuentran en la misma situación ante los tribunales en materia criminal, los derechos del Procurador General no son iguales que los del acusado”.

A su vez, en el sistema interamericano para la protección de derechos humanos, el Pacto de San José prescribe que: “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: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (artículo 8°, numeral 2, letra “h”).

Aun cuando es menos explícita que en el tratado precedente, la literalidad de este texto no es anfibológica, ni admite ambigüedades o flexibilizaciones, es decir, el derecho al recurso ante un tribunal superior es sólo del imputado y contra el fallo condenatorio. **Germán J. Bidart Campos (1986)** consideró que “la tónica general del apartado 2 del artículo 8° (como la de los apartados 3 y 4), inclina a reputar que la cláusula referente a “toda persona” durante el proceso, enfoca únicamente a “toda persona inculpada de delito”. De ahí, concluimos interpretando **que la Convención obliga a la doble instancia en el proceso penal, únicamente a favor del inculcado; o sea, el derecho de recurrir queda imperativamente atribuido solamente cuando el apelante es el inculcado objeto de condena penal**”.

Sin embargo, abordando el análisis desde un punto de vista rigurosamente gramatical, sin desmedro de la función dikelógica de la norma, **Néstor P. Sagüés (1988)** aduce que “podría conjeturarse también que tutela a cualquiera de las otras partes (fiscal, querellante si lo hubiere), puesto que a diferencia de los otros acápites del artículo 8°, inciso 2 del Pacto de San José de Costa Rica, que refieren siempre al inculcado o a la defensa, el h) menciona el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, sin mencionar explícitamente al acusado. Además, si de lo que se trata es arribar a fallos justos, tanto se perjudica a la justicia en una sentencia de primera instancia por una condena arbitraria, como por una absolución o sobreseimiento improcedentes.

No es una simple cuestión de matices. Repárese que mientras **Bidart Campos (1986)** estimó que la CADH no hace más que ratificar la vigencia del “doble conforme”, aunque no lo designase de ese modo; **Sagüés (1988)** parece interpretarlo en términos más amplios, de “doble instancia” para todos los justiciables, tanto a favor del imputado, como de las partes acusadoras pública (fiscal) y particular (querellante, si lo

hubiera), es decir, con aseguramiento del principio de bilateralidad y con mejores posibilidades para la realización de un juicio justo.

Según **Jorge E. Vázquez Rossi (1997)**, prevalece el primero de los criterios en pugna, no sólo por las muy buenas razones esgrimidas por **Bidart Campos (1986)**, convincentemente respaldadas en una hermenéutica contextual y sistemática de la mentada disposición, sino también porque es el que mejor armoniza con el texto del PIDC y P que de manera categórica le asigna el sentido de garantía judicial instituida a favor del imputado y, por lo tanto, limitadora del ejercicio del poder punitivo estatal "*potentia puniendi*".

Por otra parte, al margen de las específicas normas de interpretación de la CADH (artículo 29°), de las del propio PIDC y P (artículo 5°), y hasta de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que contiene una regla general en la materia, según la cual "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (artículo 31.1), es innegable que rigen los principios exegéticos de buena fe y "*pro homine*", en cuyo mérito "los textos constitucionales e internacionales que consagran derechos deben interpretarse de buena fe y, en caso de duda, conforme a la cláusula *pro homine*. Si bien se trata de otra inferencia del principio republicano y de aplicación de las normas de derecho internacional público, la fuerza del argumento se veía menguada por la carencia de una disposición expresa y por la apelación a la tesis del doble derecho. Esta limitación fue eliminada con la incorporación del inciso 22 del artículo 75° CN"¹⁰. Y más aún; "el principio *pro homine*", en cuanto surge de tratados de jerarquía constitucional, ha de reputarse un principio implícitamente incorporado a la constitución".

En definitiva, cabe invocar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que más allá de mantener los cánones tradicionales para determinar la correcta intelección de las normas jurídicas, anexó el principio “*pro homine*”, como criterio corrector que tiende a favorecer -en última instancia- al garantizado (el imputado), frente al sistema penal estatal “*potentia puniendi*”. En expresiones de la Corte, “para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (artículo 18° de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio “*pro homine*” que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.

Con mayor o menor elocuencia, en síntesis, el **PIDC y P (1966)** y la **CADH (1969)** establecen -más que el genérico derecho de los justiciables a la doble instancia- el específico derecho del imputado a recurrir la sentencia de condena, como atributo legitimante de la pena estatal, sólo, en caso de doble conformidad.

En cambio, el Tratado Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), salvo la referencia del derecho al proceso equitativo (artículo 6°), carecía de disposiciones particulares sobre el tema que nos ocupa, aunque el Protocolo 714 vino a colmar esa laguna, prescribiendo que: “Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior” (artículo 2.1). Hasta allí, su sintonía con el PIDC y P resulta evidente. No obstante, tras esa contundente definición se contemplan tres salvedades que desdibujan el contenido y la extensión de la regla; a saber: “Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultados de un recurso contra su absolución” (artículo 2.2).

De tal manera, en esta formulación regional, el derecho al recurso del imputado contra el fallo condenatorio, se ve restringido de un modo incompatible con el Pacto de Nueva York, pues en el apartado final de la norma específica se admiten tres situaciones de excepción que no condicen con aquella matriz internacional. Básicamente discordante porque, el Protocolo Europeo del ‘84, autoriza limitaciones a un derecho consagrado irrestrictamente, habida cuenta que según el PIDC y P tiene derecho a la revisión del fallo “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 prescripto por la ley”, es decir, cualquiera sea la magnitud del ilícito, el órgano jurisdiccional que lo dictó y el procedimiento previo a la sentencia de condena. Y más allá que donde la ley no distingue, no hay por qué distinguir, cuando se reduce, condiciona o exceptúa la vigencia de un derecho fundamental de la persona humana, como sucede en estos casos con una de las garantías judiciales instituidas sólo a favor del

imputado, se ensanchan correlativamente los poderes estatales de punición, en flagrante contrariedad con el artículo 14° numeral 5 del tratado neoyorquino.

Un párrafo aparte merece la tercera de las circunstancias enunciadas, acorde a la cual ***si el condenado lo fue a raíz de un recurso contra su absolución, carece del derecho convencional a la revisión del fallo***. En este supuesto la sinrazón de la salvedad es doble, no sólo por lo ya afirmado, sino también porque mientras no se instituya un mecanismo procesal que asegure la existencia de un tribunal superior, idóneo para el reexamen integral de la sentencia inculpatória, derivan inadmisibles las impugnaciones contra los pronunciamientos liberatorios, toda vez que el imputado siempre debe disponer de una instancia más que su acusador, público y/o privado. Como acertadamente apunta ***Luigi Ferrajoli (1996)***, el PIDC y P prescribe ***“el derecho del imputado a tener no solamente un doble juicio concordante en caso de condena: en hipótesis, esto debería querer decir también un tercer juicio, cuando el primero fuera de absolución y el segundo de condena”***. Sólo si se confirmara el decisorio culpabilizador, insisto, puede tenerse por bien cumplido el derecho al doble conforme condenatorio establecido en el Pacto.

También se prevé la doble penalización, aunque sin la misma imperatividad, en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal⁵, en tanto prevén que ***“todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia ante un tribunal superior”*** (canon 35°). En cambio, el Estatuto de Roma (ER)⁶ se inscribe entre los ordenamientos jurídicos internacionales que se contentan con

⁵ También conocidas como Reglas de Mallorca, son las conclusiones del comité de expertos reunidos en Palma de Mallorca, en cuatro sesiones de trabajo, entre noviembre de 1990 y febrero de 1992.

⁶ Tratado por el que se creó la Corte Penal Internacional (CPI) para el juzgamiento de los casos de genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, y agresión. Fue refrendado el 17 de julio de 1998, aunque entró en vigor el 1° de julio de 2002. En el diseño romano, el juicio oral, público y contradictorio se celebra ante la Sala de Primera Instancia (artículo 64°), encargada de dictar la sentencia, que es revisada -a pedido de cualquiera de las partes- por la Sala de Apelación (artículo 83°), asegurando la duplicidad de instancias.

estipular ***la doble instancia, habilitando el reexamen de la sentencia definitiva, mediante el recurso de apelación contra el fallo condenatorio o absolutorio***, incluyendo tanto el análisis de los vicios en el procedimiento y de los errores en la apreciación de los hechos y en la aplicación del derecho, como lo relativo a la cuantía sancionatoria, conforme se desprende de los artículos 81° y 82°. Acaso su carácter de preceptiva penal específica para el enjuiciamiento de crímenes de una extraordinaria magnitud y gravedad, como los tipificados en el ER, pueda justificar -aunque lo dudo- la existencia de este baremo diferenciado, por debajo del estándar impuesto en el Pacto de Nueva York del ‘66.

B. Teoría de la doble instancia como “*ultra garantía*” contemplada en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Vicente Zurita, Raúl (2010), desarrolla la doble instancia como “*ultra garantía*” contemplada en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, quien indica que la garantía de la Doble instancia, está dirigida como tal -esto es, con el más amplio alcance que se le puede otorgar-, exclusivamente a favor del imputado. Si bien se le confiere la posibilidad de recurrir la sentencia penal adversa a otros sujetos en el proceso, estos no poseen el goce de dicha garantía, sino sólo un derecho establecido en el ámbito interno del Estado, con un alcance limitado a la discrecionalidad del legislador.

El derecho del doble conforme del imputado, se lo puede distinguir de dicha garantía como la imposibilidad de que se ejecute la pena antes de que un Tribunal fiscalice la legalidad de la sentencia de condena. Se suele hablar de ese derecho como el juicio del juicio. Ese es el significado que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), al utilizar por primera vez tal concepto, expresando que a pesar de que el imputado había cumplido la pena

impuesta, los perjuicios que encierra una condena todavía estaban presentes, por lo que ordenó que el Estado cumpla con la tarea de asegurar el doble conforme⁷.

Siendo el condenado en causa penal el destinatario de la garantía de la Doble instancia⁸, en esta etapa del proceso las garantías judiciales establecidas en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), deben respetarse con un plus de prudencia, amplificando el debido proceso y la defensa en juicio. Ese plus es lo que denominó “*ultra garantía*”.

Se podría cuestionar tal afirmación, por ejemplo, expresando que las garantías contenidas en el artículo 8° de la CADH, también se hacen valer en otras etapas del proceso. Las garantías se potencian en la doble instancia por la necesidad de que el recurso sea efectivo (artículo 25° de la CADH), esto es, que cumpla con el objetivo por el cual fue concebido. El imputado luego de transitada la etapa del recurso ordinario, conserva la posibilidad de hacer valer las garantías judiciales, pero se encuentra con las restricciones propias del recurso extraordinario; incluso las tiene durante el juicio. Con la Doble instancia se busca fiscalizar y corregir todo error en la sentencia de condena, incluyendo aquellos que sean consecuencia de la actuación de su defensa técnica.

⁷ Corte IDH: “Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, párrafo 129, 2009. Cabe destacar que en el caso la demanda se presentó denunciándose lo establecido en el art. 8.2.h de la CADH, puesto que Barreto no pudo acudir a un Tribunal Superior para que revise su condena.

⁸ “Que, asimismo, cabe indagar cuál es el alcance del art. 8°, párrafo 2°, inc. h, consagrado en el instrumento antes citado. Entre los acuerdos internacionales enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo párrafo, figura el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dicho instrumento trae luz sobre la cuestión planteada desde dos perspectivas. Primero en cuanto que los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. En segundo término porque el citado pacto ha sido utilizado como instrumento preparatorio de la Convención Americana, lo cual conduce a utilizarlo como medio de interpretación según lo ha establecido esta última (confr. art. 29, inc. d) y la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (confr. art. 32). Así el Pacto emanado del seno de las Naciones Unidas 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” (confr. art. 14, inc. 5). Por lo expuesto, de la conjunción de ambas normas surge que la **garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado**. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho.” (CSJN: A. 450. XXXII, “Arce”, 1997, considerando 7°).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal⁹.

Para que existan verdaderamente las garantías judiciales contenidas en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, es necesario que *“se observen todos los requisitos que “sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.*

En la etapa de revisión de la sentencia de condena del imputado, se deben potenciar las garantías establecidas en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretando¹⁰ la *“ultra garantía”* de forma tal que no se torne ilusorio el tránsito por el Tribunal que revisa la condena¹¹.

Quien determina la interpretación y alcance de la garantía en el ámbito Americano, es la Corte IDH. De hecho su aplicación en el orden interno, por imperio Constitucional, está supeditada a dicha interpretación.

Luego, en el ámbito interno de cada Estado, se puede ampliar aún más dicho alcance, conforme la cláusula del ciudadano más favorecido¹², a través del dictado de leyes que reglamenten la *“ultra garantía”* (artículo 1, 2 y 29 de la CADH).

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, párrafo 158, 2004.*

¹⁰ *Por eso es que frente a una situación no reglada expresamente por el ordenamiento procesal penal local, se debe optar por aquella interpretación más respetuosa del principio pro homine, en el marco del deber de garantizar el derecho al recurso que asiste a toda persona inculpada de delito. (CSJN: C. 1787. XL, Cardozo, 2006).*

¹¹ *Debe permitir además la revisión de todos los autos procesales importantes. CIDH: Caso 11.137, informe 55/97; CSJN: R. 230. XXXIV.*

¹² *Hay que tener presente lo señalado en el artículo 29.b) de la Convención Americana en el sentido de que ninguna disposición de ésta puede ser interpretada para “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes...”. Corte IDH: “Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú”, párrafo 101, 2003.*

La interpretación dinámica que se le ha hecho a lo normado en el artículo 8.2.h de la CADH, demuestra el avance y respeto al debido proceso y la defensa en juicio en el ejercicio de la Doble instancia, situaciones que abarcan temas específicos pero que no excluyen otros supuestos, que surjan de la evolución que se haga en el futuro.

El derecho de recurrir la sentencia condenatoria como “*ultra garantía*”, sólo se satisface si se potencia lo regulado en el artículo 8° de la CADH a favor del imputado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha interpretado la garantía de la Doble instancia, afirmando que la misma “***otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, brindando mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado***”.

Según la Corte IDH, debe entenderse que el recurso, que contempla el artículo 8.2.h. de la CADH, debe ser ***ordinario y eficaz***, dando respuesta a la finalidad para la cual fue concebido¹³, requiriéndose que el mismo sea ***accesible***, evitando que se torne ilusorio, con independencia de su denominación, permitiendo el ***examen integral de la decisión recurrida, sin limitar la revisión a aspectos formales o legales***.

Por su parte, la Corte Federal en el precedente “Casal”, interpretó el artículo 8.2.h de la CADH y el artículo 14.5 del PIDC y P, -luego de recordar lo resuelto por la Corte IDH en “Herrera Ulloa”-, afirmando que la revisión debe ser ***amplia***, limitada a “*todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral, rigiendo un límite real de conocimiento, que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la Leistung, del*

¹³ Corte IDH: “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, párrafo 161, 2004.

rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso”.

De la interpretación transcrita, se deriva la amplificación de las garantías judiciales del artículo 8° de la CADH, en la etapa de la Doble instancia, debiendo establecer el Estado, una regulación que permita la existencia de un recurso ordinario, accesible, eficaz, tendiente a la revisión amplia e integral y en principio ilimitada.

El imputado tiene sólo una chance en cuanto a la revisión de su sentencia de condena, conforme lo establecido en el artículo 8.2.h de la CADH., resultando irrepitable, agotándose en sí misma. Una razón más por la cual afirmar el carácter de *ultra garantía* de la Doble instancia.

Si bien esa sería la regla, también nos encontramos con su excepción, por ejemplo, los casos en que la Casación revisa mal, se recurre dicha revisión, hacen lugar al recurso del imputado, y se remite el expediente al órgano Casatorio, para que nuevamente se aboque a la revisión. En este caso, la garantía cobra nuevamente su carácter de *ultra garantía*, ya que como se indicó, en general, la nueva revisión se da como consecuencia del quebrantamiento de las garantías judiciales del artículo 8° de la CADH.

Otra excepción, serían los casos en que son el Fiscal o el Particular Damnificado quienes recurren la condena y la Casación hace lugar. Allí la Doble instancia la tendrá el imputado recién al recurrir el fallo de Casación.

Con respecto a ello, en esta oportunidad, sólo recordaré, que en el caso de la Provincia de Buenos Aires, es la Corte Local la que debe hacer de Doble instancia, en caso de hacerse lugar al mismo.

Lo crucial es establecer si ese Superior Tribunal Provincial (o cualquier otro órgano jurisdiccional que tenga establecido un procedimiento diferente al dispuesto por la normativa procesal, para la interposición, tramitación y resolución del recurso de casación), satisface, la revisión del artículo 8.2.h de la CADH a favor del imputado.

La respuesta a dicho interrogante, puede extraerse de lo dicho por la Corte IDH, en cuanto a que *“el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia”*¹⁴.

No puede afirmarse que una revisión en donde no está prevista la producción de prueba, la posibilidad de que exista una audiencia previa, y el conocimiento de visu del imputado –previsiones que sí están en el ámbito del recurso de Casación- satisfaga la garantía de la Doble instancia”.

Sólo la revisión realizada por parte del órgano que tiene como misión la fiscalización de la Doble instancia puede asegurar el cumplimiento de la *ultra garantía*.

El Estado Argentino al haber ratificado la CADH, y sin haber hecho reserva alguna en relación al art. 8.2.h de dicha Convención, comprometió su responsabilidad de *“consagrar normativamente y de*

¹⁴ Corte IDH: “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, párrafo 159, 2004, concepto reiterado en “Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú”, párrafo 161º, 1999.

asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas”.

La redacción del art. 8.2.h en relación con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la CADH, determina que sea el Poder Legislativo, quien tenga el deber de respetar dicha garantía adoptando las disposiciones de derecho interno necesarias para tal efecto. Luego compete al Poder Judicial, adoptar las medidas de otro carácter para garantizar la “tutela judicial convencional”¹⁵.

“Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 8° de la Convención establece, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de todos los órganos del Estado”.

La reglamentación, que del artículo 8.2.h de la CADH haga el Estado Argentino, no puede violentar la “*ultra garantía*” en aquél establecida. Se deben respetar las garantías judiciales previstas en el artículo 8° al máximo esfuerzo legislativo tendiente a crear un procedimiento de revisión que cumpla con el estándar fijado por la Corte Interamericana y por la Corte Federal.

¹⁵ “[...] los tribunales locales no deben limitarse a analizar si una ley es o no inconstitucional, sino que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana” (Conforme, Corte IDH: Caso “Boyce y otros Vs. Barbados”, párrafo 78, sentencia del 20/11/2007; “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 124, sentencia del 26/09/2006 y “Caso La Cantuta Vs. Perú”, párrafo 173, sentencia del 29/11/2006).

La responsabilidad internacional, no puede ser exonerada afirmándose que son los Estados Provinciales, los que no cumplen con la regulación de la *ultra garantía*¹⁶.

Ante la realidad que se presenta en las diferentes Provincias, el Congreso Nacional debe reglamentar la Doble instancia a los efectos de cumplir acabadamente con el compromiso Internacional asumido, y lo debe hacer estableciendo un piso que garantice, de forma uniforme en toda la República, el cumplimiento de la Doble instancia y el respeto al debido proceso y la defensa en juicio en esta etapa tan importante del proceso.

Si bien en algunas provincias se han establecido regulaciones procesales que amplifican la garantía de la Doble instancia, el procedimiento en la instancia revisora hace agua y no cumple con lo dispuesto en el artículo 8° de la CADH.

La carencia de una adecuada legislación, en cuanto a esta "*ultra garantía*", requiere una pronta sanción de una ley que reglamente lo normado en el artículo 8.2.h de la CADH, reforzando en esta etapa del proceso lo establecido en el artículo 8° de la CADH.

C. La teoría de los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia de Luigi Ferrajoli

La "Doble instancia y la nomofilaquia", se individualiza como dos valores y dos funciones del sistema de impugnaciones. El primer valor, cuya satisfacción está confiada al juicio de apelación, es el del reexamen,

¹⁶ *"las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, [...] deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria"*¹⁶. De tal manera, la Corte considera que los Estados partes deben asegurar el respeto y la garantía de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana a todas las personas que estén bajo su jurisdicción, sin limitación ni excepción alguna con base en su organización interna. El sistema normativo y las prácticas de las entidades que forman un estado federal parte de la Convención deben conformarse a la misma." Corte IDH: Caso Garibaldi Vs. Brasil, párrafo 146, 2009.

a pedido de parte, del primer juicio, lo que constituye una garantía esencial del ciudadano y en particular, en el juicio penal, del imputado. El segundo valor, cuya satisfacción está confiada al rol nomofiláctico de la casación, es el de la certeza, asegurada por la tendencia hacia la uniformidad en la interpretación de las leyes, la cual es una garantía del ordenamiento. Existe, además, un tercer valor, no mencionado en el título, que el sistema de las impugnaciones debe satisfacer: el control de legalidad, identificado por el artículo 111° de la Constitución como función específica de la casación.

La tesis que sostendré es que estos tres valores o funciones son relativamente independientes, en el sentido de que la satisfacción de uno no importa necesariamente la de los otros; que por lo demás, el primero y el tercero -este último, nada más que por su rango constitucional prevalecen sobre el valor de la nomofilaquia y no pueden ser sacrificados en razón de ella; y que, por ende, los remedios a la crisis del rol nomofiláctico deben buscarse en instrumentos que no generen conflicto con ellos.

¿Se encuentran entre tales remedios los indicados en el curso de nuestro seminario? Estos remedios son esencialmente de tres tipos: 1) La transformación de la apelación -propuesta por *Proto Pisani* para el proceso civil, y por *Nappi* para el penal- en un juicio de rescisión, para desgravar a la casación de parte de su trabajo; 2) La deflación de los recursos, a través de la exclusión de los motivos de la incongruencia lógica, indicada tal vez problemáticamente por *Proto Pisani* y *Chiarloni*; 3) la reducción del número de jueces que componen la Corte de Casación para asegurar la homogeneidad de las sesiones, sostenida por *Chiarloni*. Si después estos remedios resultaran no pertinentes, o peor, contrapuestos con valores más importantes de los que vienen a satisfacer, ¿cuáles pueden ser los remedios alternativos?

Examinemos, separadamente, los tres valores perseguidos por el sistema de las impugnaciones: **a)** El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta del doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio. Es evidente que este principio tiene valor sobre todo en el proceso penal, donde está en juego la libertad de los ciudadanos, en conflicto directo con la pretensión punitiva del Estado. Y esto justifica la garantía -impuesta, como lo recuerda *Paolo Ferrua*, por el artículo 14°, inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- consistente en el derecho del imputado a tener no solamente un doble juicio concordante en caso de condena: ***en hipótesis, esto debería querer decir también un tercer juicio, cuando el primero fuera de absolución y el segundo de condena. Por último, es claro que este valor no tiene nada que ver con el de la nomofilaquia, y tiene sólo parcialmente algo que ver con el control de legalidad tal cual hoy se le demanda a la casación.*** Una propuesta de apelación penal como la sostenida por *Nello Nappi* ¿lesionaría el valor del reexamen, que hoy se halla asegurado por el modo en que se ensambla la doble instancia de jurisdicción? Temo que sí, aunque en pequeña medida: en la medida, precisamente, en que resultara cerrada o impedida, en la segunda instancia, la renovación de la instrucción. De hecho, reexamen quiere decir renovación integral del juicio por parte de un juez distinto sobre la cuestión, aunque sea la parcial y específica sometida a la apelación. Es cierto -dice *Nappi*- que un reexamen de este tipo, en el sistema actual, contradice el principio acusatorio de la inmediación. Pero pienso que éste es precisamente el precio que se debe pagar por el valor de la doble

instancia, si queremos salvar la esencial función garantista. Pero admitamos que el nuevo sistema previsto por *Nappi* consienta, en sede rescisoria, esta renovación integral de la instrucción. En tal caso, no se verían las ventajas. Temo, por el contrario, que, como escribió *Ernesto Lupo*, se obtendría el efecto perverso de alargar ulteriormente los tiempos del proceso. Por lo demás, éste es un efecto que también se obtendría con un reexamen en el que se amputara la repetición de la instrucción. En cuanto a los efectos de una reforma de este tipo sobre la nomofilaquia, en realidad no existiría ninguno. A menos que la reforma no incluyera, tal como pretende *Nappi*, también el control de legalidad y en particular de la congruencia lógica de la motivación, que se sustraería a la competencia de la casación. Y esto último nos reenvía al segundo valor comprometido en nuestra discusión sobre las impugnaciones, es decir, el control de legalidad. **b)** El control de legalidad es la función civil y política más importante entre las ejercidas por la Casación. Por lo demás, esta función está dotada de rango constitucional, al estar prevista por el artículo 111° de la Constitución. Esta función -agrego- no se identifica, o mejor aún, no se agota en la función nomofiláctica atribuida a la casación por el artículo 65° del ordenamiento judicial, ni en el reexamen de derecho de la subsunción del hecho ya hecha por el juez de apelación. A decir verdad, ella incluye, en sentido lato, a ambas funciones. Pero incluye también a otra que no puede ser confundida con aquéllas: el control sobre la congruencia de la motivación con el hecho, que según algunas propuestas debería serle sustraído a la casación, por su sustancial e inevitable identificación con la *quaestio facti* o de mérito, ya reexaminada integralmente en el juicio de segunda instancia. Disiento radicalmente con esta propuesta. Disiento en general por cuanto no comparto, en lo que respecta al juicio penal, la opción de *Chiarloni* según la cual “la acepción del recurso de casación como garantía objetiva del ordenamiento debe privilegiarse respecto de la concepción del recurso como garantía subjetiva del perdedor, suficientemente actuada con la doble instancia de jurisdicción”. Y disiento, en particular, porque entiendo que la garantía de

la doble instancia de jurisdicción no tiene nada que ver con la garantía del control de legalidad sobre la congruencia de la motivación. Por ello, soy contrario a la perspectiva -formulada por *Proto Pisani* y *Chiarloni* para el proceso civil, pero con bastante frecuencia asomada, durante las discusiones, también al proceso penal- de una deflación del trabajo de la casación a través de la restricción, o peor aún, de la exclusión de su control sobre el aspecto de la motivación que hace referencia a la congruencia del razonamiento probatorio. Los costos de una perspectiva de este tipo son evidentes. Las ventajas, no tanto. La principal sería la abreviación de los juicios, lo que redundaría, dado que la mayor parte de los recursos son interpuestos por el imputado, en un daño para este último. La segunda ventaja está representada por una menor cantidad de trabajo para los jueces de la Casación; esto es, nuevamente un resultado que está relacionado con el problema logístico de la cantidad del personal. c) No llego a ver, la tercera ventaja, que por lo demás es la más importante y en razón de la cual se formulara la propuesta: la mayor uniformidad que obtendría la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de la ley, conforme al artículo 65° del ordenamiento judicial. Al contrario, al sustraérsele a la casación una clase entera de cuestiones -la relativa, precisamente, a los criterios de la “prueba adecuada”-, en esta materia vendría a faltar la poca tendencia unitaria, o las pocas tendencias distintas, pero explicitadas, en el tema prueba, que hoy provienen de la casación. Y esto, me parece, representa claramente un costo, sea que se conciba la función de la casación como garantía del ordenamiento, sea que se la conciba como garantía del imputado.

Pero, el riesgo sobre el cual intento detenerme es el de un costo bastante mayor: el debilitamiento de la ya frágil cultura de la prueba y la vanificación, con el control sobre la consistencia del razonamiento probatorio, de la garantía misma de la prueba.

Antes de discutir los efectos nefastos de la supresión o aun sólo la restricción del control en casación de la logicidad y congruencia de la inducción probatoria, me parece necesario disipar un equívoco.

Uno de los argumentos difundidos en contra de esta competencia de la casación -ligado a la concepción restrictiva y formalista de la noción “cuestiones de legitimidad”, y asomado en nuestros seminarios- es que el control sobre la prueba forma una unidad con la *quaestio facti*, y, por tanto, con el juicio de mérito, y que, entonces, él se resuelve en una duplicación de la apelación. Esta tesis es, en mi opinión, fruto de un equívoco. Los dos juicios son totalmente distintos: la apelación es un juicio “sobre el hecho”, el juicio de casación es un “juicio sobre el juicio”, particularmente sobre la motivación. Como tales, ambos juicios no son fungibles en absoluto: ni el juicio sobre la logicidad de la argumentación probatoria puede sustituir el doble examen, ni viceversa.

Ya he hecho alusión, al hablar de la doble instancia, a esta primera no fungibilidad. Es evidente que la apelación es algo totalmente distinto, pues consiste en un reexamen de la materia entera del juicio, con la posibilidad ya de evaluar en forma diversa la prueba obtenida, ya de resumir nuevamente las pruebas viejas y asumir pruebas nuevas o ulteriores (artículo 603°). Bajo este aspecto, lleva plena razón *Paolo Ferrua* cuando señala la violación, por parte de nuestro sistema procesal, del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantiza el derecho al reexamen de la condena, junto con la doble instancia jurisdiccional: quien viene absuelto en primera instancia y condenado en la apelación se encuentra, de hecho, privado de esta garantía, si el juicio de casación es sólo un juicio de legitimidad. Pero se halla también privado de ella si el juicio de casación puede extenderse al control de la logicidad de la motivación de hecho, dado que este control puede referirse sólo parcialmente a la relevancia de la prueba y no necesariamente a su credibilidad, amén de que, en todo caso, no puede

extenderse hasta subrogar la carencia probatoria, sino que sólo puede señalar esa carencia al juez del reenvío. Si por lo demás -como creo entender en la propuesta de *Nappi*- tal juicio Casatorio fuera transferido a la apelación transformada en un juicio rescisorio, sin posibilidad de renovación de la instrucción, la garantía de la doble instancia en sentido propio se desdibujaría también para los juicios de primera instancia que concluyeran con condena.

No menos evidente resulta el segundo supuesto de no fungibilidad, es decir, la no- subrogabilidad del control de la congruencia de la motivación con la segunda instancia, aunque esté reformada. Lo prueba el hecho de que el juicio de segunda instancia podría estar totalmente inmotivado, o motivado con argumentaciones inconsistentes. La supresión del control de la Casación sobre la incongruencia o la inconsistencia de la motivación de hecho -esto es, la violación de una norma legal que además tiene rango constitucional- se resolvería, en consecuencia, como bien lo ha notado *Ernesto Lupo*, en la violación de la única norma constitucional que disciplina las competencias de la casación. Y sólo sería factible tras una (improbable) modificación constitucional.

La verdad es que el juicio sobre el juicio (o sea, sobre la motivación) es algo menos y a la vez algo más que el juicio sobre el hecho (o juicio de mérito). Es algo menos porque no puede investir la credibilidad de las pruebas y la relevancia de los indicios (aun cuando a propósito de la “relevancia” se plantean problemas complejos que no pueden ser analizados aquí). Pero también es algo más, dado que el juicio sobre el juicio se refiere directamente a la inconsistencia de la inducción probatoria que resulta de la carencia o incongruencia de la motivación y por ende de los criterios de la inducción, es decir, las condiciones epistemológicas en ausencia de las cuales un determinado conjunto de datos probatorios no puede ser considerado “prueba

adecuada”. Estos criterios, a mi entender, nos reconducen sumariamente a dos esquemas argumentativos: el del *modus ponens*, esto es, el de la necesidad de una pluralidad de confirmaciones de la hipótesis acusatoria, y el del *modus tollens*, es decir, el de la necesidad de intentar todas las contrapruebas posibles para falsificar la hipótesis acusatoria y todas las pruebas que puedan falsificar las contra hipótesis explicativas alternativas de la hipótesis acusatoria.

Si esto es verdad, la crítica que se le hace al nuevo código no es tanto la de mantener, o tal vez extender excesivamente el control de casación sobre la logicidad del razonamiento probatorio sino, más bien, la de restringirlo indebidamente. Es del todo absurda, además, como lo ha revelado *Ferrua*, la norma que condiciona el control a la circunstancia de que “el vicio de ilogicidad resulte del texto del auto impugnado”. Sobre la base de una interpretación obtusa, entonces, deberían ser irrelevantes las desnaturalizaciones de los hechos o de las pruebas que no surgieran del texto de la sentencia, o, más aún, la ausencia de contrapruebas accesibles o la ausencia de retractación que desmienta por *modus tollens* las contra hipótesis plausibles. Es por ello que pienso que es tarea de la doctrina no sólo señalar lo absurdo de semejante formulación de la norma, a fin de obtener una corrección dentro de los tres años previstos por la ley de delegación para la enmienda del código, sino, también, evidenciar la necesidad de una interpretación extensiva de las palabras “texto del auto”, que sea idónea para considerar “vicio” no sólo a las contradicciones presentes en él sino también a las carencias de motivación y, obviamente, a sus deformaciones.

Por lo tanto, por más alto que sea el valor asociado a la función de la nomofilaquia, no puede serle sacrificado ni la integridad de la segunda instancia jurisdiccional ni el control de casación sobre la congruencia o logicidad de la prueba.

¿Qué remedios, entonces, existen a la crisis gravísima de tal función? Los remedios son todos aquellos que sirven contra la crisis de la justicia en general: en primer lugar, una seria y efectiva despenalización; en segundo lugar, un aumento de los órganos.

Pero no haría de la nomofilaquia el valor principal del juicio de casación. Comparto la tesis de *Chiarloni* sobre el valor de la uniformidad, más no sobrevaloraría su importancia. Pero no comparto su tesis, en polémica, creo, con *Senese*, de que el pluralismo, en la casación, sea ilegítimo, o por lo menos, que deslegitime las funciones de la casación. Fuente de legitimidad de la casación, y en general de la jurisdicción, no es sólo, o tan solo, la sujeción a la ley emanada del Parlamento, más allá de que el juez, sobre todo el de casación, no tendría legitimidad si está privado de representación democrática, cuando no fuese portavoz o ejecutor, o bien intérprete coherente y no voluble, de la ley. Fuente de legitimidad es, más bien, la tutela de los derechos fundamentales que, siendo derechos contra una mayoría, requieren un tercer órgano e imparcial que los resguarde.

Obviamente, el discurso es diferente en la esfera civil que en la penal. En lo penal, la legitimación formal coincide más estrechamente con la sustancial. Pero esto, no tanto en homenaje al valor de la ley como expresión de la mayoría, sino al valor de la certeza, asegurado por la taxatividad, que es ella misma una garantía de libertad contra la arbitrariedad. Pretendo decir que no debemos temer tanto las divergencias interpretativas. En cierta medida, ellas no son factibles de eliminación. Es nuestra tarea señalar todos los instrumentos para reducirlas a su mínima expresión, pero no, repito, hasta el punto de sacrificar otros valores y garantías más importantes.

2.4. MEDIOS IMPUGNATORIOS

2.4.1. Definición

Los medios impugnatorios son mecanismos procesales establecidos legalmente que permiten a los sujetos legitimados procesalmente petitionar a un Juez o a su superior reexamine un acto procesal o todo un proceso que le ha causado un perjuicio, a fin de lograr que la materia cuestionada sea parcial o totalmente anulada o revocada.

Constituyen pues mecanismos de revisión de resoluciones judiciales o de los procesos mismos, y a través de ellos, tal como señala **Binder (2004)**, se cumple con el principio de control, que constituye un principio esencial no sólo del proceso mismo sino incluso del sistema de justicia en general.

Guasch (2003) sostiene, refiriéndose a los recursos (que son un tipo de medios impugnatorios, como veremos más adelante) que “son actos procesales que permiten a la parte perjudicada solicitar la rescisión de una resolución, que no es firme, del mismo órgano jurisdiccional que la emitió o de un superior, dictando una nueva resolución que modifique la anterior, eliminando en todo o en parte aquel perjuicio”.

Cortés Domínguez (1996) refiere que “la impugnación debe entenderse como el acto procesal de la parte que se siente perjudicada por una resolución judicial, ya sea por su ilegalidad, ya por su injusticia, pretendiendo, en consecuencia, su nulidad o rescisión”.

Por su parte **Beling (1943)** precisa que “aquellos a quienes afecte una resolución judicial estarán frecuentemente descontentos de ella. En efecto, la posibilidad de que los hombres puedan errar y de que incluso pueda haber mala voluntad hace posible que la resolución no se haya

dictado como debía dictarse. La ley permite, por lo tanto, en muchos casos (aunque no en todos) su impugnación, desarrollando ciertos tipos de actos procesales, que pueden denominarse, en defecto de una expresión legal, remedios, y que están encaminados a provocar de nuevo el examen de los asuntos resueltos”. **Montero Aroca y Flors Maties (2001)** sostienen que los recursos son medios de impugnación por los cuales el que es parte en el proceso pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución no firme que le resulta perjudicial a fin de que sea modificada o sustituida por otra que le favorezca, o sea anulada.

La doctrina nacional también se ha ocupado del concepto de medios impugnatorios, así **Monroy Gálvez (2003)** sostiene que es el “instrumento que la ley concede a las partes o a terceros legitimados para que soliciten al juez que, el mismo u otro de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente”.

Para **García Rada (1975)**, siguiendo a **Giovanni Leone (s/a)**, el “medio de impugnación es un remedio jurídico atribuido a las partes a fin de remover una desventaja proveniente de una decisión del Juez”.

Por su parte **San Martín Castro (1999)**, citando a **Ortells Ramos (1994)**, sostiene que “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”. Para **Oré Guardia (1999)** “la impugnación es un derecho que la ley concede a las partes, mediante el cual se pretende revocar, sustituir, modificar o anular una resolución que se considera errónea o viciada y que perjudica al interesado. Este derecho se materializa a través del recurso y es consustancial a todo tipo de procesos”.

Sánchez Velarde (2004) refiere que los medios de impugnación “son actos procesales de los que pueden hacer uso las partes cuando consideran que una resolución del juez o tribunal perjudica su interés en el proceso y espera que el superior jerárquico la revoque o la anule, siguiendo las pautas procedimentales establecidas”. **Doig Díaz (2005)**, citando a **Díaz Méndez (2002)** sostiene, que “con objeto de incrementar las garantías de justicia de las resoluciones judiciales, el ordenamiento procesal concede a las partes la posibilidad de combatir los errores en que pudieran haber incurrido los titulares de los órganos jurisdiccionales, mediante un conjunto de actos de postulación, a través de los cuales la parte disconforme por una determinada resolución judicial puede obtener su revisión, bien por el mismo órgano judicial autor de tal resolución, bien por otro superior”.

De los conceptos expuestos según **Monroy Gálvez (2003)** o **García Rada (1975)** queda claro que el elemento central de la **impugnación es la idea de reexamen o de revisión de un acto procesal**, que puede estar o no contenido en una resolución judicial, o de todo un proceso, dicho reexamen lo debe solicitar el sujeto procesal legitimado que haya sufrido, a través del acto procesal cuestionado, un perjuicio, agravio, gravamen o desventaja procesal; el reexamen será efectuado ya sea por el mismo órgano jurisdiccional autor del acto procesal cuestionado o por su superior jerárquico, y este nuevo examen puede acarrear o la anulación o la revocación de dicho acto procesal.

El Código Procesal Penal no nos brinda un concepto de medios impugnatorios, a diferencia del Código Procesal Civil que en su artículo 355° señala que mediante los medios impugnatorios las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error.

2.4.2. Naturaleza jurídica de los medios impugnatorios

Respecto a la naturaleza jurídica de la institución procesal de los medios impugnatorios o del derecho mismo a impugnar, existen las siguientes posiciones:

- a) El derecho de impugnación es un derecho abstracto derivado del derecho de acción o en todo caso se halla vinculado a éste.
- b) El derecho de impugnación es una derivación o manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- c) El derecho de impugnación es una derivación o manifestación del derecho a un debido proceso.
- d) La impugnación es una manifestación del control jerárquico de la administración de justicia.

A. La impugnación y el derecho de acción

Respecto a la primera línea de pensamiento **Vescovi (1988)** señala que se ha dicho que el poder de impugnación vendría a ser una emanación del derecho de acción o una parte de éste, o que en todo caso existiría una relación del todo a la parte entre la acción y el medio impugnativo correspondiente, como fuese, dicho autor precisa que “esta vinculación con el derecho de acción hace que se deba concluir, también en este caso, que se trata de un derecho abstracto, que no está condicionado a la existencia real del defecto o injusticia. O dicho de otra manera, que no interesa que quien recurra tenga un derecho concreto; basta que se invoque su poder (abstracto) para que se le permita ejercer la actividad impugnativa, aunque luego, como sucede con la acción se le deniegue el derecho. O, inclusive, acaece con la demanda que se la rechace por defectos formales sin darle curso”. Es decir que toda persona gozaría *per se* del derecho a impugnar sin que nadie pueda restringir el mismo (derecho abstracto), con lo que podría ejercitarlo cuando lo estime pertinente, cosa distinta es que cuando en concreto lo ejercite a través de

la interposición del medio impugnatorio correspondiente, éste pueda ser o no admitido, lo que dependerá en buena cuenta del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos para aquel, pero nadie le puede prohibir incoarlo.

Vescovi (1988) es claro al señalar que existe una vinculación entre el derecho a impugnar y el derecho a la acción, además de considerar al primero como un derecho abstracto, al respecto debemos recordar que el derecho a la acción entendido como el derecho a iniciar un proceso, es un derecho efectivamente subjetivo, publico, abstracto, autónomo y constitucional, es un derecho que permite acceder al órgano jurisdiccional o ya no hacerlo, y justamente su característica de abstracto lo convierte en un derecho continente pero sin contenido.

En el mismo sentido **Fairen Guillén (1990)** sostiene que la impugnación constituye una continuidad de la fuerza de la primitiva acción y su desarrollo en la pretensión, las cuales no se agotan con la resolución gravosa. **Guash (2003)**, siguiendo a **Prieto Castro** o **Serra Domínguez**, refiere que el derecho a impugnar no puede separarse del contenido del derecho a la acción que las partes ejercen continuamente a lo largo del proceso.

B. La impugnación y los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva

García del Rio (2002) sostiene que el derecho a recurrir (a impugnar más precisamente) forma parte de los derechos fundamentales de las personas reconocidos en sede constitucional. Se sustenta en los principios de pluralidad de instancias y la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional. En igual sentido **Sánchez Velarde (2004)**, al referirse a los medios impugnatorios, refiere que “se trata del derecho de las partes con reconocimiento constitucional, pues se sustenta en los

principios de pluralidad de instancias y la observancia al debido proceso y tutela jurisdiccional, **Doig Díaz (2005)** refiere que “consciente de su trascendencia, la Constitución Peruana de 1993 junto al reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que los distintos ordenamientos suelen subsumir el derecho a los recursos, contempla expresamente el derecho a la pluralidad de instancias. De lo anterior podría concluirse que el constituyente peruano, en el marco del derecho a los recursos, ha vinculado al legislador a un concreto sistema de impugnación, sin negar, por lo tanto, una suerte de identificación entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia. Por su parte **Oré Guardia (1999)** precisa que “los medios de impugnación constituyen la exteriorización del derecho al recurso, o simplemente del derecho a impugnar, que ciertamente es una variante del derecho a la tutela judicial por parte del Estado y además una expresión de irrenunciable derecho a la defensa. **San Martín Castro (1999)** señala que la existencia de la impugnación responde a un imperativo constitucional, incluso es contenido de un derecho fundamental y que, de no estar explícitamente considerado en el artículo 139° inciso 6 implícitamente lo estaría en el artículo 139° inciso 3 de la Ley Fundamental que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional.

Sobre la vinculación entre el derecho a impugnar y la tutela jurisdiccional efectiva, **Simons (s/a)** señala al referirse al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que es el “derecho de acceder a los tribunales, que poseen todos los ciudadanos por el solo hecho de serlo y, por ende, capaz de materializar el derecho de acción, tiene inclusive la categoría de derecho fundamental de la persona, el mismo autor continua mencionando que, para que la tutela jurisdiccional efectiva pueda ser considerada como un derecho pleno, ésta debe ser apreciada en toda su integridad; y este derecho, siguiendo a **Chamorro Bernal (1994)**, se subdivide en cuatro sub derechos básicos:

- a) El derecho de libre acceso a la función jurisdiccional y al proceso en sí mismo. Este derecho debe garantizar el irrestricto ejercicio del derecho de acción, para lo que resulta evidente que es necesario que el Estado debe proveer de órganos jurisdiccionales, dotar de normas procesales así como de jueces imparciales.
- b) El derecho de defensa o la prohibición constitucional de indefensión. Este derecho debe organizar el derecho de contradicción, el derecho de probar y **el derecho de impugnación**.
- c) El derecho a obtener una resolución fundada en “Derecho” que ponga fin al proceso.
- d) El derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial. El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales.

Siguiendo la citada línea de pensamiento queda claro que podemos hablar de una tutela jurisdiccional efectiva antes del proceso (en donde el Estado debe proveer no sólo de órganos jurisdiccionales, sino además de normas procesales y jueces imparciales) y es donde se materializa el derecho de acción, y una tutela jurisdiccional efectiva durante el proceso en la que, entre otros derechos, se materializa, el derecho a impugnar, por ello se puede concluir señalando que el derecho a impugnar forma parte o está incluido dentro del plexo garantista del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En lo que concierne a la vinculación de la impugnación y el derecho al debido proceso, quizás, teniendo en cuenta lo que ya se ha afirmado en los acápites precedentes, lo más difícil sea distinguir entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, en esta distinción, es importante tener claro que la tutela jurisdiccional efectiva se origina en la Europa Continental, mientras el concepto de debido proceso tiene su origen más bien en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América donde se lo conoce como el “*Due Process of Law*”, el cual tiene una vertiente sustantiva, que es (la habitualmente denominada “Debido

Proceso Legal Sustantivo”, dirigida más bien a evitar un comportamiento arbitrario de quien detenta alguna cuota de poder, máxime si con ese comportamiento arbitrario se vulneran algunos derechos considerados básicos, y por ende, susceptibles de tutela), y por otro lado tiene una vertiente procesal “entendida desde su formulación original como la posibilidad de que en todo procedimiento seguido contra cualquier persona (proceso judicial, procedimiento administrativo o procedimiento entre particulares) se respeten ciertos elementos mínimos mediante los cuales se asegura el alcanzar el valor justicia dentro (o a través) de ese mismo procedimiento. Elementos mínimos entre los que podemos citar, el juez imparcial, el juez competente, la motivación de las decisiones judiciales, el plazo razonable, etc.

En ese orden de ideas la tutela jurisdiccional efectiva implicaría el derecho de toda persona de acceder a los órganos jurisdiccionales a fin de que se resuelva un determinado conflicto o incertidumbre jurídica y lo que se decida sea efectivamente ejecutado, ahora bien en el desenvolvimiento del proceso dirigido a solucionar el conflicto o poner fin a la incertidumbre jurídica debe observarse las reglas del debido proceso, por lo que en ese orden de ideas el derecho a impugnar se deriva del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, porque no es una regla que debe observarse en la tramitación del proceso, sino es el derecho que tenemos de cuestionar las decisiones jurisdiccionales a fin de obtener una decisión final que resuelva el conflicto planteado.

Continuando con la discusión referida a la distinción entre la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, debemos tener en cuenta, además de lo ya señalado, que si bien la Constitución Política del Estado en el inciso 3 de su artículo 139° pareciera diferenciar ambas garantías, sin embargo, es de destacar que el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, al referirse a la impugnación de resoluciones judiciales vía acción de amparo, precisa que el debido proceso está incluido dentro de

la tutela procesal efectiva¹⁷, entendiendo que el cambio de denominación a tutela procesal, busca establecer que tal garantía resulta de aplicación a cualquier proceso y no únicamente a los judicializados.

C. Impugnación y principio de control jurisdiccional

Existe un sector de la doctrina que señala que la impugnación constituye un mecanismo propio del principio de control de la administración de justicia, así **Binder (2004)** precisa que a través de los medios de impugnación se cumple con el principio de control, que es un principio central en la estructuración del proceso y de todo el sistema de justicia penal, el mismo que se sustenta en cuatro pilares:

- a) La sociedad debe controlar cómo sus jueces administran justicia.
- b) El sistema de justicia penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol para permitir la planeación institucional.
- c) Los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada.
- d) Al Estado le interesa controlar como sus jueces aplican el derecho.

Continúa **Binder (2004)** señalando que en el tema de los recursos (la impugnación) se materializa, principalmente, el interés de control de los sujetos procesales; pero también influyen en ellos el interés social o estatal en normalizar la aplicación del derecho. Siguiendo al mismo autor **Binder (2004)**, se puede mencionar que el derecho a recurrir debe entenderse como el establecimiento de un mecanismo que desencadena un mecanismo real de control sobre el fallo que va a ser ejercido por un órgano superior dotado de suficiente poder para revisarlo. Por su parte **Maier (2002)** sostiene que “los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las

¹⁷ **Artículo 4°.-** procedencia respecto de resoluciones judiciales. El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso.

decisiones de los tribunales, en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, de lograr, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso trasformada en otra de sentido contrario, modificado o reformada, o, incluso, eliminada, 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 sistema así concebido llegó a nuestros días. En la administración de justicia penal sobre todo, subsistente el sistema de persecución penal estatal, los recursos no significan -en especial, el recurso contra la sentencia definitiva-, al menos en primer lugar, una garantía procesal a favor del imputado o del condenado, sino, antes bien, un medio de control por tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado, comprendidos en ella no sólo la forma de enjuiciamiento y su solución, sino también, en ocasiones, la fundamentación de las decisiones y la valoración que estos tribunales inferiores hacen del material incorporado al procedimiento.

Concluye **Maier (2003)** al señalar “que los recursos contra las decisiones judiciales no parecen responder, en origen, a la concesión de una garantía para el justiciable, sino, antes bien, a la necesidad de un control jerárquico interno y externo sobre la administración de justicia, propia de una organización jerárquica (de sentido vertical)”.

Guash (2003), refiriéndose a las posiciones que vinculan a la impugnación como derivación del derecho de acción o a la impugnación como un mecanismo del principio de control jurisdiccional, señala que “el sistema de recursos cumple una doble función: 1) servir como garantía al ciudadano; y 2) servir como instrumento de control interno de la misma organización judicial. La pluralidad de órganos jurisdiccionales produce una mayor posibilidad de divergencias en los criterios doctrinales. Y, en

estos casos, los recursos asumen un rol fundamental dirigidos a una labor unificadora de criterios.

Sin bien la impugnación pueda servir como un mecanismo de control jurisdiccional, ello en modo alguno, a nuestro parecer, significa que esa sea su naturaleza, una cosa es su esencia y otra las utilidades que pueda tener, además, así aceptásemos su funcionalidad como mecanismo de control, se trataría de un mecanismo muy limitado, porque el ejercicio de la impugnación, como veremos más adelante, depende de la decisión de los sujetos procesales legitimados, esto es, el control jurisdiccional sería dependiente de la voluntad de las partes. Hecha esa salvedad, si ha de reconocerse que en la medida que se ejercite el derecho a la impugnación, uno de los efectos más importantes del reexamen, en la medida que éste sea efectuado por órgano superior, es que ello tiende al establecimiento de decisiones jurisdiccionales más homogéneas y por ende al establecimiento de criterios jurisdiccionales comunes, que es finalmente unas de las finalidades de control jurisdiccional.

D. Impugnación y reconocimiento normativo

De las posturas señaladas, compartimos la opinión de **Chamorro Bernal (1994)** en el sentido que el derecho a impugnar forma parte del plexo garantista del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual bastaría para ser reconocido como un derecho constitucional, sin embargo nuestro constituyente, como señala **Doig Díaz (2005)**, consciente de su importancia, ***ha efectuado un reconocimiento autónomo al derecho a impugnar al consagrar como principio y derecho de la función jurisdiccional, la pluralidad de instancias, tal como se aprecia en el inciso 6 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, debiendo precisarse que la instancia plural no es otra cosa que una derivación del derecho a impugnar.***

Este reconocimiento se enmarca dentro del proceso que ha venido en denominarse la constitucionalidad de los procesales.

La legislación ordinaria, también ha desarrollado este precepto así la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11° señala 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. Por su parte el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que el proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta. El artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que 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, y el artículo 404° del mismo ordenamiento adjetivo preceptúa que las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley.*** Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución (aunque en esta norma habría que efectuar una pequeña atinencia y es que el Código peca de redundante al hablar de recurso impugnatorio, cuando lo correcto es hablar de medio impugnatorio, ya que el recurso es una clase de aquel y por ende todo recurso lleva implícita la naturaleza impugnativa).

Este derecho a impugnar también ha sido reconocido por instrumentos internacionales aprobados por nuestra legislación interna así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14° inciso 5 señala expresamente: “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”.

2.4.3. Fundamentos de los medios impugnatorios

A. Fundamentos genéricos

La impugnación representa la forma idónea de procurar (a través de la correspondiente revisión por el mismo o por otro órgano jurisdiccional) suprimir los vicios que afecta a los actos procesales a fin de lograr su corrección y restablecer su legalidad, eliminándose así el agravio inferido al impugnante.

La impugnación reposa entonces en el derecho vulnerado con el acto viciado, el cual se pretende sea restablecido mediante el perfeccionamiento del acto impugnado que puede alcanzar de esa manera su finalidad. Como el vicio o defecto supone una transgresión del ordenamiento jurídico, la impugnación tiende a la correcta actuación de la ley.

Ocurre con frecuencia que las resoluciones judiciales están afectados por vicios o errores, reales o hipotéticos, que conducen al juzgador a una desviación en su razonamiento o motivaciones.

Los órganos judiciales en quienes el Estado delega la función de juzgar, están integrados por seres humanos, susceptibles de cometer errores en la difícil tarea de aplicar la ley al caso concreto. **Caravantes (1957)**, hizo notar que “El Estado no podía asegurar a sus subordinados, jueces infalibles, puesto que había que elegirlos entre los hombres”.

La falibilidad de los jueces hunde sus raíces en la imperfección humana que, por propia naturaleza, arrastra cierto imponderable coeficiente de error en todas sus operaciones y cálculos, más aun si se tiene en cuenta que, a veces, la determinación de los hechos es factible de ser efectuada erróneamente en punto a su valoración o interpretación.

Por diversas razones, expresa **Claria Olmedo (1962)**, que: “los jueces pueden dictar pronunciamientos injustos, equivocados o en forma defectuosa, lo que no se alcanza a evitar con perfeccionados criterios de organización judicial, con el sistema de recusaciones y otras formas de apartamiento de los funcionarios sospechosos”.

Teniendo en cuenta que las consecuencias de los vicios o errores de la actividad procesal pueden comportar para el interés público o de las partes interesadas, las normas procesales posibilitan un nuevo examen de la cuestión resuelta, orientado a subsanar, eliminar o corregir la actividad viciada o defectuosa.

En consecuencia la regularidad normativa del proceso y el interés de justicia, determinan la necesidad de que el vicio o error se subsane o elimine, para lo cual la ley procesal acuerda a los diversos interesados el poder de impugnar, es decir, la atribución de reclamar la revisión del acto, lo que provoca un trámite específico que concluye con una nueva decisión del órgano jurisdiccional que acoja o deniegue la petición.

Aquí surge otro dilema: ¿Cuántas veces revisarse una decisión? Descartada la infalibilidad del acto humano, tal convicción no puede conducirnos a un re-examen permanente de la decisión, básicamente porque si así fuera, los fines del proceso (resolver conflictos de intereses y a través de ello, lograr la paz social en justicia) serían irrealizables, meras utopías.

A decir de **Fenech (1952)**, el nuevo examen; “exige también un fundamento jurídico, ya que sin él nos encontraríamos con una serie infinita de recursos que irían sucesivamente interponiéndose a cada nueva resolución disconforme con los deseos o esperanzas de la parte a quien afecte, lo que exige sistematizar los puntos en que puede fundarse un recurso, bien entendido que todos pueden reducirse a una -verdadera

o hipotética- falta de adecuación entre la ley y la forma o el contenido de la resolución”.

En efecto, podría cuestionarse, con relativo sustento, cual es la razón por la que una decisión judicial obtenida sobre la base de un proceso regular y con una actuación probatoria plena, deba ser nuevamente examinada, si la parte a quien la decisión no la favorece lo solicita.

Sin embargo, tenemos para nosotros que el fundamento del nuevo examen no admite duda. Juzgar es una actividad humana, en realidad, conforme lo sostiene el profesor **Monroy Gálvez (1992)**: “Es algo más que esos, es la expresión más elevada del espíritu humano; de alguna manera es el acto realizado por el hombre que más se acerca al que hacer divino. Decidir sobre la vida, libertad, bienes y derechos es, definitivamente, un acto trascendente”.

Pero, no debemos olvidar que a pesar de su importancia, es sólo un acto humano y por lo tanto pasible de error, desde la perspectiva de la parte a quien causa agravio la resolución, porque la otra parte a quien favorece la resolución la considerará al menos justa y conforme a la ley, de modo que para calificar una resolución de justa o injusta, habría que situarse en un plano absolutamente imparcial exenta de un etnocentrismo, lo cual en mi opinión, constituye un ideal difícil de cumplir, ya que en materia de Derecho nada es pacífico.

Sin embargo, viviendo nuestra realidad, el juez, no es un ser infalible y omnisciente: por el contrario, la resolución que expide, responde a una serie de factores imponderables, de difícil clasificación, que se imponen inconscientemente al juez: el error, la ofuscación, el interés, etc., que forman categorías psíquicas: el juez severo, el juez benigno, el juez proclive a la defensa de intereses clasistas, en los binomios trabajador,

empleador, etc. Todas éstas son modalidades que imprimen en el juez una determinada fisonomía jurídica, cuya utilización con la mayor honradez, con alquitarada ecuanimidad, es imposible que no produzca el error.

El error¹⁸ en materia procesal, es decir desde el punto de vista de la función del juez, puede afectar un doble orden de intereses: o es un error en la apreciación de la norma jurídica aplicable al caso o es un error en la tramitación procesal del proceso.

En el primer caso, en el supuesto de que objetivamente haya acontecido, el error consiste en la aplicación de la norma jurídica y entonces afecta la justicia de la resolución dictada ya sea un auto o una sentencia: *error in iudicando*.

En el segundo caso, el error consiste en el apartamiento o quebrantamiento de las formas procesales establecidas, y entonces afecta la validez formal de la sentencia: *error in procedendo*.

B. Fundamentos específicos

En general y pese a discrepancias de una doctrina minoritaria, los motivos de impugnación suelen dividirse así:

- Vicios in iudicando
 - Vicios in procedendo
 - Los vicios “*in iudicando*” y los vicios “*in procedendo*”¹⁹
- | |
|------------------|
| Sobre los hechos |
| Sobre el derecho |

¹⁸ Según el Diccionario de la Lengua Española, el error consiste en un concepto equivocado o juicio falso. Acción desacertada o equivocada. Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fe, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial de él o de su objeto.

¹⁹ El derecho romano, ya conoció la distinción entre la sentencia nula por vicios de forma (virtualmente inexistente) y la sentencia injusta por vicios in iudicando. Se trata de los errores que pueden existir, por un lado, en los procedimientos; por otro lado, al juzgar en el juicio que constituye la decisión. Es lo que otros autores (en general, la doctrina Italiana) distinguen como vicios de la actividad o del juicio del tribunal. Otros hablan de infracción (o el error) en el fondo o en las formas, como sucede con la legislación española. En todo caso preferimos las expresiones latinas, por cuanto ellas, son las más universalmente aceptadas por la doctrina comparada.

Con un criterio didáctico, se puede señalar que cuando el vicio versa sobre la irregularidad de la actividad procesal a través del cual se produjo la decisión, el vicio o error es *in procedendo*; cuando versa acerca de la incorrección del juicio contenido en el pronunciamiento, es *in iudicando*. Esta distinción parte de la diferente posición en que se encuentra el juez frente al derecho, según sea sustantivo o procesal²⁰.

Frente a las normas de derecho sustancial su misión es declarar el derecho, comprobando de qué manera los individuos lo han cumplido; de cara al derecho procesal, su deber es cumplirlo, adecuando a él su conducta y la de las partes.

A su vez, si el vicio en el juicio del juez estriba en el hecho, por haber sido fijado en la resolución con error sobre la verdad histórica, será *in factum*; si en cambio, el error radica en la inteligencia de la norma que a ese hecho debe aplicarse, será *in iuris*. Además, la infracción a la ley procesal nunca puede configurar un vicio *in iudicando*, porque ella se ejecuta y señala el *procedendo* de la actividad realizadora; asimismo, la infracción a la ley sustantiva jamás será error *in procedendo* porque su aplicación implica siempre un *iudicio* de subsunción del hecho en el derecho, tal como lo señala **Ver De La Rúa (1968)**.

En estos dos tipos de vicios se agotan los motivos que se pueden deducir a través de los recursos²¹.

²⁰ Originariamente y como un resabio del formulismo de tiempos pretéritos, se daba más importancia a los errores de forma que de fondo. Un gesto o una postura del juez, la forma de su firma y nimiedades análogas, podían dar lugar a la nulidad de una resolución, sin considerar su justicia. Pero gradualmente se va evolucionando hasta ampliarse el campo de acción de los recursos tendientes a corregir los vicios que miran más al fondo del litigio, sin menospreciar, desde luego, las formas de los actos procesales en cuanto sirvan para asegurar la defensa en juicio.

²¹ Fuerza es destacar, que esta difundida y tradicional distinción entre los vicios jurídicos de que pueda adolecer una resolución, no ha sido acogida con carácter uniforme, habiéndose propugnado otras pautas de diferenciación. Así **Chiovenda** seguido por **Carnelutti**, distinguen entre "vicios de actividad" y "vicios de juicio". **Beling**, aunque considera que todas las infracciones pueden ser resumidas en un concepto único de violación de la ley, distingue entre "infracciones de derecho material" (internas) e "infracciones procesales" (externas). **Calamandrei**, después de analizar críticamente la posición de **Beling**, propone que al error *in procedendo* se le denomina "Inejecución de la ley" y al error *in iudicando* "errónea declaración de la ley". **Gold Schmidt**, que considera que el error *in procedendo* implica a la vez error *in iudicando*, reputa preferible que se distinga entre error *quo ad processum* y error *quo ad rem*. **Alcalá Zamora y Levene**, proponen un criterio unitario: "Infracción de norma jurídica", material o procesal.

1. Vicios in iudicando

Los vicios o errores *in iudicando*, denominados también vicios del juicio del tribunal o infracción en el fondo, configuran irregularidades o defectos o errores en el juzgamiento, esto es, en la decisión que adopta el magistrado.

Quinteros Velasco (1962), concibe el error *in iudicando* como un vicio que: “afecta al contenido del proceso, al derecho sustancial que en él se contraviene y se realiza aplicando en la misma una ley inaplicable, aplicándola mal o dejando de aplicar la ley correspondiente”. Añade dicho autor que “los resultados de este vicio pueden alterar la justicia del fallo, sin perjudicar la validez formal del mismo, el que desde este punto puede estar correctamente pronunciado.

El vicio *in iudicando* es aquel que afecta el fondo o contenido y ésta representado comúnmente en la violación del ordenamiento jurídico (sustantivo) que tiene lugar cuando se aplica al asunto controvertido una ley que no debió ser aplicada, o cuando no se aplica la ley que debió aplicarse, o cuando la ley aplicable es interpretada y -por ende- aplicada deficientemente. A la violación del derecho (denominada también error de derecho o error *in iure*), se suma el error de hecho o error *in facto* que afecta indiscutiblemente el fondo, formando también así parte del vicio *in iudicando*. El último tipo de error (error *in facto*) tiene que ver con la apreciación de los hechos por el órgano jurisdiccional, la cual, de ser deficiente (como cuando no se valora apropiadamente un medio probatorio), afecta la decisión del juez (esto es, la declaración de certeza sobre los hechos) y causa, por consiguiente, agravio al interesado.

La impugnación de la resolución se funda, en este caso, no en la falta de presupuestos de la formación procesal, sino en virtud de los presupuestos del contenido de la resolución; la resolución se estima

correcta desde el punto de vista procesal, se admite que carece de vicio de origen o de forma, pero su contenido es gravoso para alguna de las partes, y ello porque adolezca, real o hipotéticamente, de error in facto o error in iure.

a) El error in facto

Existe *error in facto* cuando el juez o tribunal, ha partido de un supuesto fáctico equivocado o cuando la interpretación de la situación fáctica no sea correcta.

Este tipo de error se puede cometer en las resoluciones judiciales, cuando “no se exprese clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo”.

El artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Estado precisa: “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 de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. Norma que también se precisa en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Estas disposiciones legales obligan la adecuada fundamentación fáctica y jurídica de las resoluciones judiciales. El *vicio in facto*, se origina exclusivamente cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitativa o imprecisa, de modo que por su insuficiencia u oscuridad, o por no expresarla en forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante o dubitativa, puede conducir a subsunciones alternativas, en definitiva consecuencia de la ambigüedad del relato.

La falta de claridad puede venir determinada por haber empleado expresiones ininteligibles oscuras que hacen difícil la comprensión del relato o se incurre en omisiones que alteran su significado y dejen prácticamente sin contenido específico la narración de hechos. Se produce, pues cuando lo narrado es incomprensible por su mala redacción, oscuridad, ambigüedad o imprecisión, y también cuando por omisión de elementos o circunstancias importantes se impide conocer la verdadera realidad de lo ocurrido, con la lógica consecuencia de que falta base fáctica para determinar si los hechos son o no constitutivos de infracción penal, la participación concreta de los acusados, la concurrencia de circunstancias modificativas o el contenido de los correspondientes pronunciamientos civiles.

Por consiguiente, no basta para apreciar el defecto procesal, en opinión de que la narración se ofrezca oscura o ininteligible en alguna de sus partes o términos de ambigüedad imprecisión que haga difícil su comprensión, sino que es necesario que tales defectuosidades se hallen en conexión con los condicionamientos determinantes de la calificación penal asignada a los hechos probados, provocando una laguna o vacío en la descripción histórica de los mismos, que determina una falta de premisa fáctica para formular la calificación jurídica.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el laconismo o concisión en el relato de hechos no está reñido con la claridad. Tampoco la omisión de alguna circunstancia fáctica engendra el vicio de que tratamos, sino sólo de las que recaigan sobre extremos trascendentes para la calificación jurídica. No siendo necesario que los operadores judiciales recojan en sus sentencias todos y cada uno de los hechos que han quedado probados, sino solamente aquellos que tengan que servir de base o apoyo a los distintos pronunciamientos que el fallo debe contener.

En suma existe *error in facto* cuando el Juez o tribunal ha partido de un supuesto fáctico equivocado, o cuando la interpretación de la situación fáctica no sea correcta.

b) Error in jure

Existe *error in iure*, cuando la Ley aplicada para la valoración de los hechos o situación fáctica no sea la adecuada por haberse aplicado una ley distinta de la que en realidad debió haber aplicado o porque la interpretación de la ley haya producido un resultado contrario o distinto al querido por la norma, o porque haya dejado de aplicarse una norma que era la genuinamente aplicable.

En este caso, el error está en el razonamiento del juez que se materializa en la fase de decisión, los autores modernos hablan de un “vicio de juicio”, la doctrina más antigua lo llama “error in iudicando”.

Vescovi (1998), refiriéndose al *error in iudicando*, sostiene que: “es un error sobre el fondo (contenido) y consiste normalmente en una violación a la ley desaplicándola o aplicándola erróneamente. Dicho en otros términos: el error in iudicando puede consistir sea en la aplicación de una ley inaplicable, la no aplicación de la que fuere aplicable o en la errónea aplicación de ella”.

El dilema que surge es que tipo de norma puede invocarse como infringida. Si se trata de una norma penal de carácter sustantivo, no parece ofrecer duda que por tales han de entender los comprendidos en el Código Penal y las leyes penales especiales, en cuanto definidores de los delitos y faltas, personas responsables, con las circunstancias que eximen, atenúan o agravan la responsabilidad, las penas y reglas para su aplicación, así como la responsabilidad civil derivada de aquellos.

El problema está en concretar que se debe entender por “otra norma jurídica del mismo carácter”. Esta frase puede interpretarse en dos sentidos: o bien ha de tratarse de una norma no penal (de derecho privado, administrativo, etc.) pero de carácter sustantivo, o bien de una norma penal, pero de naturaleza adjetiva o procesal. Y lo grave, como indica el profesor **Gómez Orbaneja (1954)**, “está en que por fuerza, un sentido excluye el otro, sin que, en ninguno de los dos casos la restricción tenga razón de ser”.

La doctrina se refiere a “una norma penal sustantiva u otra (no penal, pero también sustantiva) que deba ser observada en la aplicación de aquella. De modo que la mera infracción de una disposición del Código de Procedimientos Penales no encajaría en este tipo de vicio, al no tener carácter sustantivo, sino procesal.

Sin embargo, la exigencia de que la norma infringida sea de carácter sustantivo, no puede mantenerse de forma inflexible, pues, como se señala en el artículo 3º de la ley 26689 al presentarse el recurso de Queja de Derecho, se precisará la infracción constitucional o la grave irregularidad procesal o sustantiva que motiva el recurso. Actualmente cabe una interpretación amplia al permitir el citado artículo la interposición de uno de los “recursos” basándolo en la infracción de una norma constitucional, procesal o sustantiva. Aun cuando en nuestra opinión la infracción procesal daría lugar al error *in procedendo*.

En cuanto a la norma infringida, **Luzón Domingo (1993)**, precisa que: “puede ser tanto la observada, por indebida o errónea inaplicación, como la no aplicada, por indebida inaplicación. Así, respecto a la norma aplicada, en el motivo por infracción de ley, con citada de la misma, se denunciará tal indebida o errónea aplicación y si procedía la de otra norma, puede bien en un motivo invocarse la indebida aplicación de una y

la correlativa indebida inaplicación de otra o bien hacerlo en sucesivos motivos”.

El *vicio iudicando* genera la revocación, el “*iudicium rescissorium*” vale decir, la rectificación directa del vicio o error, dejándose sin efecto la decisión que ocasionó el agravio y emitiéndose otra -esta vez adecuada y correcta- que la supla.

2. Vicios in procedendo

Es la desviación de los medios que señala el Derecho procesal la dilucidación del proceso. Son los vicios del procedimiento, las irregularidades que afectan a los diversos actos procesales que componen el proceso.

Hay autores que afirman que también en este caso hay una infracción a la ley. Recalcan que por un lado, toda violación procesal influye en el juicio y, por el otro, que como en definitiva el destinatario de la norma es el juez, cuando juzga mal, viola también la ley procesal, que como primera regla dispone que se deba juzgar conforme a Derecho.

Sin embargo, es necesario depurar de muy diferente manera los vicios de forma que los de fondo, esto es, los errores de procedimiento y los de juzgamiento. **Giovanni Leone (s/a)**, establece una distinción entre ambos géneros de error, precisando que: “*error o vitium in procedendo* es la violación de normas procesales; *error o vitium in iudicando* es la violación de normas de derecho sustancial. Este último es escindible en error en la declaración de certeza en los hechos, y error en la subsunción de las circunstancias de hecho bajo las normas de ley”.

Los vicios (o errores) in procedendo, llamados también vicios de la actividad o infracción en las formas, constituyen, pues irregularidades o

defectos o errores en el procedimiento, en las reglas formales. Supone la inaplicación o aplicación defectuosa de las normas adjetivas que afecta el trámite del proceso y/o los actos procesales que lo componen.

Los errores in procedendo se dan básicamente en la aplicación de la ley procesal, la cual impone una conducta al juez y a las partes en el desenvolvimiento del proceso. Los errores de procedimiento producen la nulidad del proceso y se pueden dar en la constitución del proceso (presupuestos procesales), en su desenvolvimiento, en la sentencia y en su ejecución.

Si la conducta de los operadores judiciales o de los sujetos procesales no se desarrollan en el proceso conforme a las reglas del derecho objetivo, se produce entonces una inejecución de la ley procesal. Esta inejecución puede ser de varias clases: *in omittendo*, cuando no se ejecutó lo que la ley impone; *in faciendo*, cuando se ejecuta lo que la ley prohíbe, o se comporta de un modo diverso del que la ley prescribe. Esta inejecución de la ley procesal constituye en el proceso una irregularidad, que los autores modernos llaman un “VICIO DE ACTIVIDAD” o “DEFECTO DE CONSTRUCCIÓN” y que la doctrina del derecho común llama “*error in procedendo*”.

Siempre que la resolución carezca de alguno de los presupuestos de su formación procesal que vicien su origen o forma, nos encontraremos ante un vicio procesal que la doctrina la denomina *vitium in procedendo*, que da lugar a su impugnación.

El vicio in procedendo o infracción a las normas acarrea, por lo general -si fuese insalvable- la nulidad del acto viciado. Ello conduce al “*iudicium rescindens*” de carácter negativo, que implica la declaración de invalidez del acto cuestionado y, como efecto secundario, el retrotraer, el

proceso al estado inmediato anterior al de aquel en que se produjo el vicio (siempre y cuando éste fuese determinante en el proceso).

Los vicios in procedendo pueden ser de estructura o de garantía:

a) El error de estructura

Quando afecta el trámite propio del juicio lógico, por lo que también se le denomina conceptual. Este error concurre cuando se rompe con la armonía lógica del pensamiento que debe existir en un proceso, que es una unidad lógica de pensamiento, de aquí surge la necesidad de que exista por ejemplo una correlación entre la acusación y la sentencia, si no concurre, se rompe la armonía procesal y se causa indefensión.

El error de estructura también puede ser Material. El proceso penal, está constituido por etapas preclusivas que deben observarse desde la instalación del proceso a través del auto de apertura de instrucción hasta dictarse la sentencia correspondiente. El proceso se desarrolla en una serie de etapas en las que se debe respetar el debido proceso, si el operador jurisdiccional incurre en error al no observar las etapas preclusivas, incurre en un error de estructura material.

b) El error de garantía

Se presenta este tipo de error, cuando se desconocen derechos de los sujetos procesales que el operador jurisdiccional está obligado a respetar, por ejemplo: el derecho de defensa, el derecho de ofrecer pruebas, hacer uso de medios impugnatorios, entre otros.

En resumen, cualquiera sea el tipo de error o vicio en que incurra el funcionario judicial, debe ser idóneo al punto tal que sin su incidencia, el sentido de la resolución podría ser diferente, por tanto, para acarrear la

nulidad de la resolución, no es suficiente la existencia del error judicial, sino que es necesario que haya sido el soporte de la decisión.

2.4.4. Medios impugnatorios: exigencia constitucional

En nuestro país, la base legal de la necesidad de establecer medios idóneos para solicitar un reexamen de la decisión tomada por el órgano jurisdiccional, obedece una exigencia constitucional, que se desprende de manera implícita a través del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva (Artículo 139° inciso 3 de la Constitución de 1993) y a la vez, dando cumplimiento expreso, al Derecho a la Pluralidad de Instancia (Artículo 139° inciso 6 de la Constitución de 1993). Asimismo, este reconocimiento Constitucional a la Pluralidad de Instancia, no se limita solamente a nuestra jurisdicción nacional, sino que también, es reconocida por distintos documentos internacionales, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su Artículo 14° inciso 5 y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su artículo 8° inciso 2 literal h), los cuales por mandato Constitucional son vinculantes a nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo establece el Artículo 55° y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política Peruana.

Pero el eficaz establecimiento de medios impugnatorios no se agota en la configuración de la base legal aplicable, sino en la lectura que se realice de estos dispositivos legales, es decir, lo determinante es establecer el significado de los términos utilizados para describir dicha exigencia constitucional y en ese sentido dotar de contenido a la parca frase “*pluralidad de instancias*” utilizada por el legislador nacional e interpretarla a la luz de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos de los que el Perú es signatario.

Así este reconocimiento nacional e internacional se justifica en razón de que los Recursos tienen un objetivo de cumplimiento al Debido Proceso. En ese sentido, apunta **San Martín Castro (2003)** cuando nos dice que la ley fundamental consagra cuatro exigencias en materia de recursos, estos son: 1) control de legalidad de las resoluciones judiciales, tanto en lo resolutivo a la cuestión de fondo como en lo concerniente a las normas esenciales que disciplinan el proceso; 2) justicia, a través de la garantía de pluralidad de la instancia, en rigor, el doble grado de jurisdicción como mínimo necesario; 3) formación de la doctrina jurisprudencial que garantice la unidad del derecho material y procesal a nivel interpretativo; y, 4) tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los órganos judiciales.

Cabe precisar, que en cuanto a la interpretación de lo señalado por el Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que regula de manera más detallada los términos en los cuales se hará afectiva la exigencia establecida, al señalar que todo condenado tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidas a un tribunal superior, se tienen que hacer un par de precisiones.

1. La primera precisión apunta a que tenemos que reconocer previamente que junto a nuestro sistema euro continental, también coexiste el sistema anglosajón, y que entre ambos existen diferencias que son -hasta el momento- insalvables, siendo una de ellas que la justicia penal en nuestro país está encargado a jueces profesionales que tienen el deber constitucional de motivar sus fallos; en cambio en el sistema anglosajón la justicia penal está encargada a jueces legos (no profesionales), más conocido como Gran Jurado quienes no tienen deber alguno de motivación.

Por ello, dentro del Sistema Anglosajón y su particular estructura, sólo el imputado es el único legitimado para impugnar la sentencia que lo perjudica y en ese sentido lograr un nuevo juicio con lo cual

se cumpliría la exigencia de la “doble conformidad” que es como se interpreta en dicho sistema la exigencia del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ese mismo sentido, **Maier Julio (1996)** sostiene que, en el caso de que la sentencia sea absolutoria, la decisión deviene en inimpugnable, careciendo de legitimidad el Ministerio Público para oponerse a dicha absolución, toda vez que se reconoce que éste ya tuvo una oportunidad para lograr la condena y no pudo hacerlo, lo contrario violaría el principio de *ne bis in ídem* que se entiende como nuevo riesgo de condena.

La redacción literal del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha llevado a afirmar a **Maier (1996)** que esta garantía procesal debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena contra una persona, se necesite una doble conformidad judicial, si el condenado la requiere, que trae como consecuencia que: Primero, solo serían recurribles las sentencias penales condenatorias; y, segundo, que tal derecho solo le corresponda al condenado.

Así mismo **Maier (1996)** llega a afirmar incluso que interpretar esta garantía en perjuicio del garantizado representa una hipocresía. Dicha línea de argumentación no está libre de objeciones que se derivan de olvidar que el referido artículo debe interpretarse a la luz de nuestros particulares sistemas jurídicos, **Maier (1996)** también toma como base un sistema en el cual los juicios criminales están en manos de un Jurado, lo toma como una aspiración a cumplirse porque la Constitución de la República Argentina, reconoce expresamente dicho sistema de administración de justicia, en el cual -desde su particular punto de vista- no sería posible que el acusador tenga dos oportunidades para buscar una condena.

Según **Moreno Catena (1997)** el carácter bilateral de los recursos, no se deriva de la inexistencia de un “único acusador”, sino de que en nuestro sistema jurídico la interpretación que se debe realizar,

teniendo en cuenta necesariamente, el Derecho a la Igualdad ante la Ley, reconocido en el Artículo 2° inciso 2 de la Constitución de 1993, e incorporado al Proceso Penal mediante el Principio de Igualdad de Armas, por ello, es imperioso realizar siempre un esfuerzo de lectura constitucional, que de manera sistemática y orientada a fines nos lleve a afirmar junto a **Moreno Catena (1997)** que por razones de igualdad procesal de las partes, una vez establecido el recurso, no sería posible excluir a la acusación del acceso al mismo. En ese sentido, se debe considerar al recurso no solo una garantía para el condenado (como se podría entender literalmente), sino también, para el Acusador y la propia Víctima, pudiendo ellos recurrir frente a una sentencia que le cause agravio. Con ello queda establecido, como señala acertadamente **Cafferata Nores (2000)** que el recurso se concibe como un *medio de control* de la corrección fáctica y jurídica de las resoluciones jurisdiccionales, acordado con sentido “bilateral”, es decir, tanto el acusador como al acusado, y con un sentido de equidad.

2. **La segunda precisión** a realizarse es la referida a qué medio de impugnación hace referencia el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para que se considere satisfecho el alcance de dicho artículo cuando prescribe que “*el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior*”. Siguiendo a **Doig Díaz (2004)**, podemos afirmar que tal y como está redactado dicho precepto, se presta hasta tres interpretaciones diferentes, según sea el énfasis- mínimo, medio o máximo- que se ponga en asegurar las garantías del procesado. Si el énfasis es mínimo, bastará con entender que la sentencia debe ser sometida a un tribunal superior. Si es medio, el acento se pondrá en la necesidad de una apelación que revisa el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena, sin los límites que contiene la casación. Por último, si se trata del máximo grado de

garantismo, se propone que el artículo 14.5 sea interpretado como el derecho del imputado a tener un juicio doble, entendido como doble juicio en caso de condena.

Por ello, de acuerdo a las posibilidades de interpretación planteadas, tendríamos en primer momento que descartar de plano la última interpretación, porque correctamente en nuestro sistema, el derecho al recurso no sólo ha sido instituido a favor del acusado, sino que está instituido también para la parte acusadora e incluso -debido a que su pretensión civil se persigue conjuntamente con la pena- a favor de la víctima.

Lo óptimo, en nuestro sistema, sería interpretar el artículo 14.5 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** en el *énfasis medio*, porque no se puede considerar que cualquier sometimiento a un tribunal superior signifique cumplir con dicha exigencia. Afirmar que el énfasis es mínimo sería considerar, por ejemplo, que solo instrumentando el Recurso de Casación – con todas las limitaciones para su acceso a éste, que se condicen con su naturaleza extraordinaria- cumpliría el mandato impuesto por el Pacto de New York.

Así lo ha entendido la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, cuando señala que **“se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h de dicho Tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo”**.

En nuestra legislación vigente, coexisten como medios impugnatorios: el Recurso de Apelación, el Recurso de Nulidad y el Recurso de Queja, que debido a su estrecha configuración no satisfacen el *énfasis medio* al que hace referencia. En cambio el nuevo ordenamiento procesal penal, estatuye todo un sistema de medios impugnatorios que se condicen plenamente con la exigencia contenida en el Pacto, en ese sentido se puede afirmar junto con **Doig Díaz (2004)** que el diseño que realiza la norma procesal penal peruana [en el Código Procesal Penal de 2005] corresponde con una lectura garantista del artículo 14.5 del PIDCP, a diferencia del modelo que consagra el aún vigente Código de Procedimientos de 1940.

2.4.5. Componentes de la impugnación

La impugnación es un concepto que encierra o comprende varios elementos o componentes cuya identificación permitirá entender su naturaleza. Antes de pasar a conocerlos debemos recordar la impugnación, dentro del proceso, es el acto de objetar, rebatir, contradecir o refutar un acto jurídico procesal de los sujetos del proceso. Es el acto de recurrir, especialmente contra las resoluciones del juzgador. Es la oportunidad en que se hace uso del contradictorio. El proceso es una sucesión de actos, de los sujetos procesales, que se van incorporando válidamente, sólo así forman parte de él y surten sus efectos. Realizado un acto jurídico procesal, se notifica a las partes ofreciéndoles dos opciones: Consentir o impugnar. Si el acto es consentido, de manera tácita cuando no se impugna; o expresa, cuando se acepta fehacientemente, se incorpora al proceso y genera sus efectos. En cambio, si sucede lo contrario, es decir, si se impugna, ese acto no se incorporará al proceso ni surtirá sus efectos hasta que no quede ejecutoriada cuando es confirmada. Si la impugnación prospera, dicho acto nunca habrá existido en virtud de la anulación o revocación.

De esta somera descripción de la actividad procesal vinculada a la impugnación, deducimos los siguientes componentes de ésta: Acto procesal viciado, agravio, medio impugnatorio y finalidad.

- a. **Acto procesal viciado**, por error o defecto (algunas veces causado por dolo o fraude). El error podrá ser a su vez *in iudicando* o *in procedendo* (**Calamandrei: 1959**). Este es el acto procesal que una vez producido pretende incorporarse al proceso y que al ser notificado a las partes, es objeto de cuestionamiento dando lugar a la impugnación y toda la tramitación que ello implica.
- b. **Agravio**, es el perjuicio que el acto viciado ocasiona a las partes o a los terceros legitimados motivando su inconformidad, siendo la razón que servirá de fundamento a la impugnación. También hay agravio (a la sociedad) cuando el acto afecta una norma jurídica de orden público. En ambos casos, sea que el acto afecte al interés de las partes o al orden público, existe un agravio que debe repararse.
- c. **Medio impugnatorio**, es el remedio o el recurso previsto por la norma procesal para impugnar el acto procesal viciado en atención al agravio que ocasiona. Los recursos (reposición, apelación, queja y casación) han sido previstos para atacar o cuestionar los actos jurídicos procesales consistentes en resoluciones (decretos, autos y sentencias) respectivamente. En cambio, los remedios (que adquieren la forma de nulidad, cuestión probatoria, etc.), están diseñados para impugnar los actos jurídico procesales que no tienen la forma de resolución (acto de notificación, audiencias, ofrecimiento de medio probatorio, etc.).
- d. **Finalidad**, es el objetivo de la impugnación: La anulación o revocación, total o parcial del acto viciado. Por la anulación se deja sin efecto el acto viciado y se ordena la reposición al estado

anterior a fin de que se rehaga o simplemente quede así. En la revocación se modifica o reforma el acto cuestionado con arreglo a derecho. Si la impugnación no prospera, el acto cuestionado quedará firme y se incorporará válidamente al proceso para generar sus consecuencias.

Para **Vescovi (1988)**, la finalidad y fundamento de la impugnación, constituye un principio político que rige el sistema impugnativo. Los medios impugnativos, sostiene, aparecen como el lógico correctivo para eliminar los vicios e irregularidades de los actos, representando un modo de buscar su perfeccionamiento; y, en definitiva, una mayor justicia.

Precisados estos elementos o componentes de la impugnación, ahora será mucho más sencillo desarrollar los principios que constituyen su columna vertebral o base o cimiento sobre el cual se levanta aquella.

2.4.6. Principios de la impugnación

La doctrina no es uniforme respecto de cuáles son los principios que rigen la impugnación. Corresponderá a la teoría de la impugnación, ahondar este tema y plantearlo con uniformidad y coherencia; por el momento, estos son los acogidos por los distintos autores, algunos de los cuales son citados:

a. Revisabilidad de los actos procesales.

Dado que los actos jurídicos procesales son actos humanos, están expuestos a la falibilidad del hombre, por ello mismo, son susceptibles de revisión por el propio juez o por el superior jerárquico. En la reposición, corresponde al propio juez revisar su decreto o el emitido por su auxiliar jurisdiccional, mientras que en la apelación, es la instancia superior la que procede a la revisión del auto o de la sentencia. Por la

revisión, se busca poner en relieve la falta de certeza del acto cuestionado. Excepcionalmente, la norma procesal prescribe que ciertos actos son inimpugnables; en consecuencia, no pueden ser objeto de revisión (es el caso de las resoluciones que ordenan la actuación de medios probatorios de oficio).

b. Interés del perjudicado o agraviado.

Esto significa que el perjudicado con el acto viciado debe tener interés en cuestionarlo haciendo uso de los medios impugnatorios. No debe haberlo consentido ni expresa ni tácitamente. Hay consentimiento expreso cuando el afectado acepta fehacientemente dicho acto. Hay consentimiento tácito cuando deja transcurrir el plazo que tenía para impugnar o procede a ejecutarla o cumplirla; o, no lo cuestiona en la primera oportunidad que tuvo. Quien consiente, no puede impugnar válidamente. La ausencia de consentimiento otorga la legitimación para la impugnación. No existen las impugnaciones de oficio, salvo los casos en que por estar afectada una norma de orden público, el juzgador debe aplicar, de oficio, el remedio de la nulidad; o, el caso en el que la norma procesal ha dispuesto la consulta al superior (por ejemplo, cuando la sentencia que declara el divorcio conyugal, no impugnada por las partes, debe ser elevada al superior, en consulta, para su aprobación).

c. El revisor debe circunscribirse al vicio o error denunciado.

Esto está relacionado con el agravio o la contravención a una norma de orden público que encierra el acto viciado. Únicamente estos elementos deben merecer la atención de la instancia revisora. Si sólo una parte del acto está viciado y el resto es válido, el acto de revisión debe limitarse a anular o revocar aquella parte, dejando subsistente lo demás. Sin embargo, si en el examen del acto viciado y denunciado, se

encontrase que existen otros actos no denunciados que afectan a las normas de orden público, vinculantes e imperativas, en tal caso, el efecto de la impugnación es extensivo y obliga al juzgador revisor a declarar, de oficio, la nulidad de todos estos actos o de todo lo actuado inclusive.

d. Prohibición del uso de dos recursos contra el mismo acto.

De acuerdo con la norma prevista en el artículo 360° del Código Procesal Civil, no está permitido el uso de dos recursos contra una misma resolución; ¿significa esto, que sí podrá hacerse uso de un recurso y un remedio contra la misma resolución?; la respuesta estaría en el artículo 356° del mismo cuerpo normativo: los remedios se formulan contra actos procesales no contenidos en resoluciones y los recursos contra resoluciones; es decir, no sería posible plantear un remedio y un recurso contra la misma resolución. El profesor **Carrión Lugo (2000)** sostiene, por su lado, que el Código no hace mención a la posibilidad de utilizar dos remedios contra un mismo acto no contenido en resolución; así, podría formularse válidamente contra este acto, una nulidad y a la vez la oposición.

e. Prohibición de la “*reformatio in peius*”.

Consiste en que la instancia revisora está prohibida de empeorar la situación del recurrente, en los casos en que la contraparte no haya también impugnado.

f. Irrenunciabilidad antelada de hacer uso del derecho de impugnar.

Dado que la pluralidad de instancias es una garantía constitucional y el derecho a la impugnación la forma de hacerla efectiva,

no se puede renunciar de antemano a este derecho, excepto cuando la pretensión discutida sea renunciable y se afecten normas de orden público.

g. Concurrencia de requisitos de admisibilidad y procedencia.

Esto significa que el impugnante hace uso de los medios impugnatorios en la forma y el modo previstos por la ley. Debe reunir los requisitos relativos a la admisibilidad: exigencias en cuanto al lugar, tiempo y formalidad; así como los relativos a la procedencia: adecuación del recurso o remedio, descripción del agravio y fundamentación del vicio o error.

Este principio tiene relación con el principio político de la 'limitación a la recurribilidad. El uso de los medios impugnatorios es reglamentado para evitar su manipulación indiscriminada, como sostiene **Gozaini (1993)**.

2.4.7. Principios políticos de la impugnación

Aquí se parte del hecho de que los recursos históricamente respondieron más a razones políticas que jurídicas. Con el tiempo se impuso el criterio jurídico procesal que encausó la impugnación regulando su uso; sin embargo, subsiste el rezago político en la vigencia de los principios que siguen:

a. Vigencia del principio dispositivo.

Aun cuando, actualmente, la inclinación de los sistemas procesales es hacia el predominio del principio publicístico; sin embargo, en lo que se refiere a la impugnación, la vigencia del dispositivismo es

absoluta como sostiene **Gozaini (1993)**; y, esto, tiene relación con el principio procesal del “Interés del perjudicado o agraviado”. Los medios impugnatorios se plantean y tramitan a pedido de parte únicamente.

Este principio está relacionado con el principio de la personalidad de los medios impugnativos. Éste es una emanación de aquél, sostiene **Vescovi (1988)**. La impugnación se da en la medida en que una parte la plantea y con respecto a ella, y no a otros sujetos procesales. Es una manifestación del derecho de acción. Como consecuencia, queda limitada la facultad revisiva del órgano revisor a los derechos o agravios invocados por la parte que impugna, a la cual se le exige, como ya hemos visto, un interés personal.

Sin embargo, estos principios no rigen de manera absoluta; y, esto es así en los casos en que la normatividad procesal prevé el efecto extensivo de la impugnación, cuando exista la necesidad de evitar decisiones contradictorias. Por ejemplo en materia penal es común el efecto extensivo del recurso cuando se resuelve a favor del reo. En general, la personalidad es la regla mientras que el efecto extensivo es la excepción.

b. Pluralidad de instancias.

Recoge la idea de que un proceso judicial debe ser ventilado y resuelto por varios órganos jurisdiccionales. Una instancia (*el ad quo*) expide la sentencia y otra distinta (*ad quem*) la revisa, otorgando mayor garantía a la administración de justicia.

La doble instancia presta seguridad y garantía a los litigantes, permite evitar los errores judiciales y las conductas dolosas o culposas de los jueces de primera instancia en la emisión de las resoluciones. El superior puede enmendar o subsanar los errores en el procedimiento o los

errores en la aplicación del derecho sustantivo. La doble instancia opera mediante la apelación que otorga competencia al superior.

En nuestro sistema se establece que el proceso tiene dos instancias; sin embargo, las partes pueden renunciar de manera expresa o tácita a la segunda instancia.

c. Limitaciones a la recurribilidad.

La impugnación no es ejercida de manera irrestricta. No se permite la apelación por la simple apelación; el impugnante debe reunir los requisitos para su ejercicio, de no reunirlos, la impugnación resulta improcedente. Asimismo, no todos los actos son recurribles por previsión de la propia norma procesal.

Tal como ya señaláramos, para el profesor *uruguayo Vescovi (1988)*, también la finalidad y fundamento de la impugnación, constituye un principio político que rige el sistema impugnativo.

2.4.8. Principios de los Recursos en el Código Procesal Penal

a. Principio de Legalidad

Pese a que el derecho al recurso, emana de la Constitución Política del Estado, no es absoluto, pues se encuentra limitado en su ejercicio a su configuración y desarrollo legal en la legislación ordinaria. Dentro de esa línea, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el *Expediente N° 01243-2008-PHC/TC*, cuando afirma que *“se trata de un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador determinar en qué casos, aparte de la resolución que pone fin a la instancia, cabe la impugnación. En ese sentido, el adecuado ejercicio del derecho de acceso a los recursos*

supone directamente la utilización de los mecanismos que ha diseñado normativamente el legislador, para que los justiciables puedan cuestionar las diversas resoluciones expedidas por el órgano jurisdiccional” (Fundamento jurídico 2, 3 y 4). En otra oportunidad en Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el **Expediente N° 4235-2010-PHC/TC** explica que la configuración legal implica que **“corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir”** (Fundamento Jurídico 12).

Este principio se encuentra reconocido en el Código Procesal Penal, cuando su artículo 404° inciso 1, prescribe lo siguiente: **“Las resoluciones judiciales serán impugnables sólo en los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley”**.

b. Principio de Transcendencia

Los recursos, sólo pueden ser interpuestos por los sujetos legitimados, es decir, quienes resulten agraviados con la resolución recurrida.

El Código Procesal Penal, en su artículo 405° inciso 1, apartado a), prescribe que para presentar un recurso se requiere **“Que sea presentado por quien resulte agraviado con la resolución, tenga interés directo y se halle legalmente facultado para ello”**. Por otro lado, también establece que el Ministerio Público puede recurrir, inclusive a favor del imputado, lo cual nos permite afirmar que en la etapa de impugnación, el accionar del Ministerio Público se sigue rigiendo por el principio de objetividad.

En cuanto al ámbito de los recursos y los legitimados para recurrir, según el artículo 407° del Código Procesal Penal, tanto el imputado como el Ministerio Público podrán impugnar indistintamente del objeto penal o civil de la resolución, y el actor civil sólo podrá impugnar con respecto al objeto civil de la resolución, precepto que por otra parte, afirma el monopolio de la acción penal del Ministerio Público.

c. Principio Dispositivo

En virtud a este principio, la revisión o reexamen de una resolución judicial sólo tendrá lugar cuando alguno de los sujetos legitimados haya interpuesto algún tipo de recurso; en consecuencia, el reexamen de la resolución impugnada tendrá como límite la pretensión del recurrente, por lo que la llamada *congruencia recursal* constituye una derivación de este principio, en razón del cual, el órgano superior sólo se puede pronunciar con respecto a lo que es objeto o materia de impugnación.

El artículo 409° inciso 1 del Código Procesal Penal establece que el Juez *ad quem* tiene competencia para resolver la materia impugnada; y en este aspecto, también otorga, al órgano revisor, la potestad de declarar la nulidad en el caso de nulidades (absolutas o sustanciales) que no hayan sido advertidas por el impugnante.

En clara relación con el principio dispositivo, ubicamos a las instituciones procesales de la *adhesión* y el *desistimiento*. La adhesión, prevista en el artículo 404° inciso 4 del Código Procesal Penal, permite que los sujetos que tengan derecho a recurrir -y que en su momento no lo hicieron- puedan adherirse al recurso interpuesto por cualquiera de los sujetos procesales, antes que el expediente sea elevado al juez que corresponda.

El desistimiento, regulado en el artículo 406° del Código Procesal Penal, permite que los que hayan interpuesto el recurso puedan desistirse antes de expedirse la resolución, debiendo expresar sus fundamentos; si el recurso ha sido interpuesto por el abogado defensor, éste no podrá desistirse sin mandato expreso de su patrocinado; finalmente el desistimiento de uno de los recurrentes no afecta a los demás recurrentes o adherentes, pero aquél debe responder por las costas.

d. Principio de Formalidad

Según este principio, los recursos deben ejercitarse de conformidad con el procedimiento predeterminedo por el ordenamiento jurídico. Este principio significa que los recursos deben ejercitarse de conformidad con el procedimiento prescripto por los códigos rituales, pues cada recurso tiene su propia fisonomía, no siendo posible utilizarlos por analogía, ni resulta factible aplicarlos a supuestos no previstos; asimismo, de este principio se desprende la unicidad de los recursos, que importa que cada resolución, generalmente, tolera un solo carril de impugnación.

Este principio es un complemento necesario del principio de legalidad en materia de recursos, pues la denominada “configuración legal” también implica regular la forma de interposición de los recursos, plazos, requisitos de admisibilidad y procedencia, entre otros.

El artículo 405° del Código Procesal Penal, establece, en líneas generales, las formalidades comunes al sistema recursal diseñado.

e. Principio de la Prohibición de Reforma en Peor

Según *Roxin (2000)*, la prohibición de reforma en peor significa que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo han

recurrido este último o la Fiscalía a su favor. Este principio, a criterio de **Sánchez Velarde (2004)**, se sustenta en razones de justicia y equidad, a favor del imputado.

La prohibición de la reforma en peor se encuentra previsto en el artículo 409° inciso 3 del Código Procesal Penal, bajo los siguientes términos: **“La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio”**. Por lo que, cabe afirmar que se sitúa en el ámbito de los poderes del juez revisor, mediante el cual éste no puede agravar la situación en la que se encontraba el recurrente en relación con la resolución objeto de su propio recurso.

Se entiende que cuando el representante del Ministerio Público sea el único recurrente al juez le está permitido revocar o modificar la resolución, aún a favor del imputado. En el caso que impugnen tanto el imputado como el representante del Ministerio Público se puede re-examinar la sentencia en ambos sentidos: a favor o en contra del imputado.

2.4.9. Recursos

En la doctrina extranjera, el profesor español **Gimeno Sendra (1997)**, expresa que los recursos pueden ser definidos como el conjunto de actos de postulación a través de los cuales la parte agravada por la resolución definitiva puede obtener su revisión, ya sea por el mismo órgano judicial que la dictó, ya sea por otro superior, con el objeto de evitar los errores judiciales y asegurar la aplicación correcta y uniforme del derecho.

Por su parte el profesor colombiano **Davis Echandia (1996)** define al recurso como **“la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo órgano judicial que**

dictó una resolución o su superior la examine, con el propósito de reparar los errores de juicio o de procedimiento (in uidicando o in procedendo) que en ella se hayan cometido”. Couture (1958) afirma que el recurso significa regreso al punto de partida, y que “es un recorrer, correr de nuevo, el camino ya hecho. Jurídicamente, la palabra denota el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se recorre el proceso”.

Gernaert Willmar (1985) caracteriza al recurso como el medio técnico de impugnación y subsanación de los errores que eventualmente pueda adolecer una resolución judicial, dirigido a provocar la revisión de ella, ya sea por el juez que la dictó (incidente) o por otro de superior jerarquía (recurso en sentido propio). A decir de **Falcón (1982)**, los recursos “*son actos procesales a cargo del litigante para atacar resoluciones judiciales*”.

A partir de las definiciones esbozadas, podemos afirmar que los recursos son actos de postulación, mediante los cuales las partes, legítimamente incorporadas al proceso, cuestionan el pronunciamiento de una resolución judicial que, a su criterio, les causa agravio, a fin que el órgano jurisdiccional -el mismo o uno superior- realice un reexamen y/o emita una nueva resolución.

A. El derecho a los recursos

El fundamento de los recursos descansa en la falibilidad del órgano judicial y en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte agravada por ella la estime desacertada, para lo cual se le da la posibilidad de la impugnación que el recurso supone.

Consciente de su trascendencia, **La Constitución Peruana de 1993** junto al reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que los distintos ordenamientos suelen subsumir el derecho a los recursos (artículo 139° inciso 3 de la Constitución de 1993), contempla expresamente el derecho a la pluralidad de instancia (artículo 139° inciso 6 de la Constitución de 1993). De lo anterior **Calderón Cuadrado (1996)** sostiene como conclusión que el constituyente peruano, en el marco del derecho a los recursos, ha vinculado al legislador a un concreto sistema de impugnación, sin negar, por lo tanto, una suerte de identificación entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia.

Según **Cordón Moreno (1999)**, en los ordenamientos en los que no está contemplado dicho derecho, se ha entendido que el derecho a los recursos no constituye una obligación dirigida al legislador de modo que sea imperativa la construcción de un sistema determinado de recursos. Ha sido necesario que una ley establezca el recurso, para que el derecho, en los términos y con los requisitos establecidos legalmente, pase a integrar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el supuesto de que la **Constitución Peruana**, como otros ordenamientos, no hubiese recogido el derecho a la pluralidad de instancia, lo cierto es que se habría visto igualmente obligada a articular una segunda instancia en materia penal, conforme a la exigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo artículo 14.5 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”**. Su aplicación directa en el ordenamiento peruano resulta obligatoria a la vista del artículo 55° de la Constitución de 1993, que dispone que los Tratados celebrados por el Estado y en vigor formen parte del derecho nacional. En el mismo sentido, la disposición final y transitoria cuarta del texto constitucional peruano advierte 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 los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

B. El recurso como garantía

Una de las consecuencias concretas que acarrea, tanto la “*paradoja del recurso*”, como la pretensión de incluir este mecanismo impugnativo dentro del conjunto de garantías como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, es la multiplicidad de concepciones acerca de la finalidad perseguida a través de la utilización del recurso y de su contenido garantista. En este apartado, se recogen y rotulan -sin pretensiones de sistematización, sino a modo de muestra- algunos de los enunciados que le otorgan carácter de garantía al recurso, tomándolo como sinónimo de vía impugnativa y no en sus formas específicas (ordinario, extraordinario, y sus tipos: de apelación, de revisión, de reposición, de casación).

1. El recurso como garantía de certeza de las sentencias condenatorias.

Desde esta perspectiva, y tomando a **Maier (2004)** como principal exponente, se plantea que el “*derecho al recurso*” que estipulan las convenciones internacionales (Convención americana de derechos humanos y Pacto internacional de derechos civiles y políticos), una vez transformado en garantía, debe conducir necesariamente a la exigencia de un doble conforme judicial para ejecutar una pena contra una persona, si la misma lo requiere.

Según **Tedesco Ignacio (1997)**, la idea radica en que una condena -al tratarse de un “pronunciamiento que restringe los derechos a

una persona sujeta a un procedimiento penal”- debe ser pasible de revisión mediante un proceso de verificación que implique, respecto de esa sentencia, un segundo pronunciamiento (fórmula de “dos veces el mismo resultado - gran probabilidad de acierto en la solución”). La coincidencia del segundo pronunciamiento con el primero, daría como resultado una mayor probabilidad de *certeza* a la decisión; si ello no ocurriera, la sentencia primera sería dejada sin efecto. Para **Maier (2004)**, el segundo pronunciamiento implica un nuevo juicio, basándose en la garantía de juicio público como única base posible de una condena.

Si bien **Maier (2004)** hace referencia a otros valores que merecerían ser protegidos a través de la “garantía del recuso” -como la corrección de los actos del procedimiento y el cumplimiento de sus formalidades, el “juicio justo” (*fair trial*) y/o la justicia de las decisiones, la correcta aplicación de la ley penal, la seguridad de una correcta percepción de los elementos de prueba que fundan la condena- se considera el fundamento de la “**certeza de las decisiones**” como el de mayor preeminencia en sus argumentaciones, debido a la relevancia que le otorga este autor a la idea de “doble conforme”.

2. El recurso como garantía de legalidad y no arbitrariedad

Luigi Ferrajoli (1996) concibe a la doble instancia de jurisdicción o doble examen del caso como una garantía tendiente a asegurar la legalidad y la responsabilidad contra la arbitrariedad, tanto como la imparcialidad y la sujeción de los jueces a la ley.

A su vez, estos principios, tal como lo señala **Luigi Ferrajoli (1995)** son protegidos por la garantía bajo examen, guardan una relación estrecha entre sí. Así es como la máxima sujeción del juez a la ley “**resulta asegurada por la estricta legalidad**”; el abuso y la arbitrariedad son evitados por el carácter cognoscitivo del juicio, el cual está

garantizado asimismo por la estricta legalidad, dado que ésta ***“vincula al juez a la verdad de sus pronunciamientos”***.

La falta de sujeción a la ley genera responsabilidad del juez, dado que la legalidad de los procedimientos exige que “todas las actividades judiciales se desarrollen, bajo pena de nulidad, según un rito legalmente establecido”. Si los jueces incurrían en arbitrariedad, abuso o error, se requiere de la impugnación para reparar en una segunda instancia esas falencias.

Asimismo, para **Marcelo Ferrante (1995)**, el fin perseguido al consagrar la facultad de recurrir un fallo, es la ***“minimización de las posibilidades de error o arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales”***.

3. El recurso como garantía de ejercicio de la defensa en juicio y debido proceso.

Algunos autores entienden a la función del recurso como garantizadora de otro derecho: la defensa en juicio. **Gabriela Rizzuto (1997)**, interpreta que el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone el resguardo de una “revisión suficiente” que ***“asegure el control de la efectiva observancia del debido proceso y la defensa en juicio”***. En el mismo sentido, **Marcelo Ferrante (1995)** entiende que la cláusula de la Convención Americana de Derechos Humanos exige al Estado que asegure “un recurso tendiente a provocar un control sobre el resguardo de las garantías judiciales en ella reconocidos, en general, la del debido proceso de ley y, la más específica, de defensa en juicio”.

4. El recurso como garantía de corrección de la sentencia

Son abundantes las referencias de los autores que tratan el tema del recurso a la necesidad de que la impugnación evite errores o, lo que es casi lo mismo, garantice la corrección de las decisiones judiciales.

Alberto Binder (2005) distingue dos perspectivas de análisis de los medios de impugnación: una, el recurso como un derecho de impugnación, ligado al valor “seguridad jurídica” y como medio para **“evitar los errores judiciales en el caso concreto”**; la otra, el interés social o estatal **“de que las decisiones judiciales sean correctas (o cumplan su función pacificadora)”**.

Roxin y Ferrante (1995) también ven en la impugnación un mecanismo para que la corrección de la sentencia sea revisada, y puedan ser modificadas aquellas sentencias erróneas, o decisiones dictadas incorrectamente.

5. El recurso como garantía de justicia

El fin de asegurar “decisiones justas” asignado a la facultad recursiva, pese a ser muy difícil de definir por lo discutido del concepto de justicia, permanece aún en los argumentos de algunos autores.

Francisco D’Albora (1987), (quien escribe antes de la reforma del 94), por ejemplo, afirma que con este medio de impugnación se **procura “preservar la justicia y la legalidad de los actos procesales en general, y no sólo de las decisiones judiciales”**. Para **Roxin (2000)**, el imputado debe poder impugnar una sentencia cuando ha sido **“condenado injustamente o con demasiado rigor”**.

Al hacer referencia al recurso de casación, también **Maier (2004)** menciona “el temor de sentencias de condena injustas”, como justificación de la ampliación del objeto de este tipo de recurso.

2.4.10. Efectos de los recursos

La interposición de un medio impugnatorio o recurso, produce diversos efectos en el Proceso Penal y entre ellos tenemos:

a. Efecto Devolutivo

La posibilidad de trasladar una competencia funcional al Juez *Ad Quem*, por parte del Juez *Ad Quo*, sobre el objeto de la impugnación. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento procesal, si el recurso se planteó contra una resolución emitida por un juez penal (*juez a quo*), le corresponderá conocer como *juez a quem* a la Sala Superior Penal, ello de acuerdo a los criterios de competencia funcional establecidos en el Código de Procedimientos Penales de 1940.

b. Efecto Suspensivo

Tiene que ver con que la eficacia de la decisión impugnada es impedida por la interposición del recurso, por ello este efecto posibilita la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida, en el marco del Acto impugnado. Este efecto, sin embargo, a pesar de ser consustancial al sistema de recursos, no es aplicable en la mayoría de casos, en ese sentido se pronuncia el Código Procesal Penal de 2004, que en su artículo 412° regula la ejecución provisional. Aquí es conveniente destacar, siguiendo a **San Martín Castro (2003)**, que el problema del efecto suspensivo del recurso debe estudiarse 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 a

asegurarse, dentro de los límites legales, la ejecución posible tras el recurso, para diferenciar los casos en los cuales se justifica plenamente que la resolución recurrida no suspenda sus efectos, por ejemplo, en el caso de una sentencia absolutoria, la interposición de un recurso de nulidad, en ningún modo, debe impedir la excarcelación del absuelto.

c. Efecto Extensivo

Éste nos indica que por la naturaleza pública del Proceso Penal, surge un efecto por el cual, que implica en *primer lugar* que los sujetos procesales que no recurrieron la resolución objeto de impugnación podrán participar activamente en el proceso recursivo, a ello se le denomina efecto extensivo de la impugnación; y, en *segundo lugar* que el Juez Revisor puede extenderse, más allá de lo solicitado por uno de los recurrentes (en cuanto al número de personas, como también, a aspectos no considerados en la impugnación), abarcando con ello, a los sujetos procesales no recurrentes, pero solo cuando ésta les favorezca. Y ello, en virtud también, del Principio de Prohibición de la *Reformatio In Peius*. Este Efecto solo puede ser posible, cuando existe una pluralidad de sujetos procesales con un interés afín, a este efecto se le denomina efecto extensivo de la resolución impugnada. Un ejemplo del efecto extensivo en ambos supuestos (de la impugnación y de la resolución) del recurso lo tenemos en el caso que solo interponga apelación el tercero civil y logre una rebaja del monto indemnizatorio, a pesar que el imputado no recurrió dicha resolución, tendrá *en primer lugar* la posibilidad de participar activamente en el procedimiento recursal (presentando alegatos, solicitando informe oral, etc.); y, en *segundo lugar* si la decisión final le favorece también tendría que beneficiarse con ello.

d. Efecto diferido

Este tipo de Efecto recursal, procede cuando existe una Pluralidad de imputados o de delitos, en donde se dicte auto de sobreseimiento sobre alguno de ellos, estando pendiente el Juicio de los demás, si se presenta algún medio impugnatorio y éste es admitido, regularmente correspondería que se eleven los actuados inmediatamente al *Juez A Quem* para que resuelva, pero este efecto indica que la remisión no se realizará de manera inmediata, sino que se esperará hasta que se dicte sentencia contra los otros imputados, buscando con ello, interrupciones al procedimiento principal, dejando a salvo la posibilidad de obviar este efecto si se le ocasiona grave perjuicio a alguna de las partes.

2.4.11. Presupuestos de los recursos

La admisibilidad y procedencia de los recursos está determinada por la concurrencia de determinados presupuestos de carácter objetivo y subjetivo. Naturalmente el control de la concurrencia de estos presupuestos corresponde al juez.

a. Presupuestos Subjetivos

Según el profesor **San Martín Castro (2003)**, dentro de los presupuestos objetivos se encuentran: *el agravio o gravamen* y *el carácter de parte*. El *agravio o gravamen* exige que la resolución cuestionada cause una lesión al interés del impugnante, de ahí que el Código Procesal Penal estipule que el recurso sea interpuesto por quien resulte agraviado o perjudicado por la resolución, en este punto cobra especial relevancia, por su directa vinculación, lo afirmado líneas arriba sobre el principio de transcendencia. Mientras que el *carácter de parte* se vincula a la legitimación activa del recurrente, reservada sólo a las partes, pues ellas son las que pueden resultar agraviadas o lesionadas con la resolución; empero, este presupuesto acepta algunas modulaciones, en atención al

interés directo del que resulte lesionado con la resolución emitida, por ejemplo: el agraviado del delito no constituido en actor civil tiene legitimidad para impugnar la sentencia absolutoria.

b. Presupuestos objetivos

Estos presupuestos están conformados por el *acto u objeto impugnabile* y la *formalidad*. En cuanto al primer presupuesto y atento con el principio de legalidad, el Código Procesal Penal precisa el tipo de resoluciones que son impugnables y el tipo de recurso para cada uno de aquéllos. Por otro lado el Código Procesal Penal exige las siguientes formalidades: que se interponga por escrito y dentro de los plazos previstos por ley; también regula que se puede interponer oralmente cuando se trata de resoluciones dictadas en una audiencia judicial (artículo 405° inciso 1 del Código Procesal Penal), pero si se interpone oralmente contra resoluciones finales, se formalizará por escrito en el plazo de 5 días (artículo 405° inciso 2 del Código Procesal Penal). En cuanto al tema de los plazos, son los siguientes: dos días para la reposición, cinco días para la apelación de sentencia, tres días para la apelación contra autos y para el recurso de queja y diez días para la casación (artículo 414° del Código Procesal Penal); asimismo el recurso debe precisar los puntos de la resolución que le afecten o le causen agravio, expresar los fundamentos de hecho y derecho y concluir formulando la pretensión concreta, no bastando con la genérica formulación de la impugnación.

El juez revisor que conoce de la impugnación podrá, de oficio, controlar la admisibilidad del recurso y anular el concesorio, cuando no se cumplan con los presupuestos subjetivos y objetivos preestablecidos (segundo control de admisibilidad).

2.4.12. Finalidad de los recursos

En este acápite, es necesario resaltar, que independientemente de los efectos que se producen con la interposición y posterior admisión de los recursos, existen finalidades que se persiguen con estos, dichas finalidades no son ilimitadas. Así tenemos:

- a. La primera finalidad consiste en impedir que la resolución impugnada adquiera la calidad de Cosa Juzgada y de esta manera, imposibilitar el cumplimiento del fallo, porque la falta de interposición de algún recurso que la ley faculta para mostrar nuestra disconformidad con la resolución emitida, importa la conformidad con la mencionada resolución y le otorga la calidad de Cosa Juzgada, por ello, al recurrir un fallo adverso, impedimos la inmutabilidad de dicha resolución.
- b. La segunda finalidad consiste, en la búsqueda de modificar la resolución que nos cause agravio, que se materializa en la posibilidad de reforma o anulación de la resolución del Juez A Quo, por medio de un nuevo examen sobre lo ya resuelto, en efecto, lo que se busca con la interposición del recurso es que el Juez A Quem, modifique la resolución del Juez A Quo, esta modificación puede consistir, de acuerdo a la configuración particular de cada recurso, en una revocación que implica la sustitución del fallo revocado por otro o en una anulación, que implica dejar sin efecto algunas actuaciones del proceso.

Pero esta segunda finalidad, no es ilimitada, porque la búsqueda de modificación del fallo que perjudica a algún sujeto procesal, está modulado en el sentido que el examen del Juez *Ad Quem* (Juez Superior Revisor) solo debe referirse a las peticiones señaladas por el recurrente. Es decir, el Tribunal Superior no puede extralimitarse, más allá, de lo solicitado por el recurrente, por ejemplo, si solo se cuestiona el monto de la reparación civil, el Juez A Quem, no puede pronunciarse -salvo que

beneficie al imputado- acerca de otro punto no contenido en la impugnación.

Dentro de esta última consecuencia, es importante señalar el objetivo, contenido y vigencia del Principio de la Prohibición de la *Reformatio In Peius* o Reforma en Peor, para entender el verdadero alcance de éste.

Así tenemos que, en palabras de **Roxin Claus (2000)**, el *objetivo* de éste principio reside en que se debería lograr que nadie se abstenga de la interposición de un recurso por el temor de ser penado todavía más gravemente en la instancia siguiente. De ello se deriva su contenido que debe estar en función de quien recurría el fallo y se pueden individualizar tres supuestos: a) si es interpuesta solo por los acusados o tercero civil: el *Juez A Quem* solo podrá confirmar la resolución recurrida, reducir la pena o la reparación civil, o en el mejor de los casos absolver; b) con respecto a los demás sujetos no recurrentes, solo si se trata de una decisión favorable, el resultado se extiende; y, c) si es interpuesto por el Ministerio Público o la parte civil, lo máximo que se puede lograr es un aumento en la pena o en la reparación civil, respectivamente.

Con referencia a la vigencia de la *Reformatio In Peius* tenemos que, como señala **San Martín Castro (2003)**, la Corte Suprema aplicando literal y aisladamente el antiguo Artículo 300° del Código de Procedimientos Penales, desde siempre y uniformemente, había sentado la doctrina jurisprudencial consistente en que el poder de revisión que le concedía la ley no estaba en función de quien recurría de un fallo o de quien se conformaba con él, ni necesariamente del objeto del recurso, sino de la naturaleza del hecho punible objeto de instrucción y juicio y que recién entre noviembre y diciembre de 2000, en la Corte Suprema -un vocal provisional- vino a quebrar esa sólida unanimidad, que derivó finalmente en el reconocimiento de dicho principio en el ámbito normativo,

con la modificación operada en el año 2004 en el Artículo 300° del Código de Procedimientos Penales, con el Decreto Legislativo N° 959, en el que se establecen los lineamientos a seguir.

2.4.13. Legitimación activa

Cuando analizamos el tema referido a la exigencia constitucional, se concluye que el derecho al recurso no es exclusivo de ningún sujeto procesal. De ello se desprende que la legitimación activa está en relación directa al agravio sufrido, porque quien es afectado por una resolución que lo perjudica, tiene un interés jurídicamente protegido en su corrección, por cuya causa tendría que concedérsele la posibilidad de recurrir tal fallo. Por ello, el agravio es un requisito imprescindible o presupuesto material para que determinado sujeto procesal sea considerado sujeto legitimado.

En ese orden de ideas, tienen legitimidad activa:

- 1. El imputado**, con la única condición que la derivada de la necesidad de haber sufrido agravios. De ello se desprende que puede impugnar cualquier tipo de sentencia o auto, salvo las que le sean favorables, por ejemplo, la sentencia absolutoria.
- 2. El Ministerio Público**, como titular de la acción penal y defensor de la legalidad, puede interponer este recurso con la misma limitación referida al imputado. En este punto se debe recalcar que el Código Procesal Penal de 1991 y el Código Procesal Penal del 2004, reconocen expresamente la posibilidad de que el Ministerio Público, pueda impugnar -incluso- a favor del imputado.
- 3. La parte civil**, en principio, la legitimidad activa para interponer algún medio impugnatorio de los agraviados, se encuentra

condicionada a la constitución como parte civil en el proceso penal; constitución que opera ante el pedido por escrito de los autorizados por ley ante el juez competente y éste mediante auto motivado resolverá la admisión o no de dicha constitución. La excepción a esta condición, es la referida a que el agraviado está legitimado para interponer algún medio impugnatorio exclusivamente referido a la inadmisión como parte civil en el proceso.

Además la parte civil solo está legitimada para interponer medios impugnatorios referidos exclusivamente a su pretensión civil y las resoluciones conexas que tengan que ver con dicha exigencia. Por lo tanto le está vedado interponer algún medio impugnativo con respecto al extremo de la pena. Solo en el caso de sentencia absolutoria, le está permitido impugnar ese aspecto porque su pretensión civil solo se verá satisfecha si se condena al imputado.

4. **Tercero Civil**, nuevamente la legitimación activa de éste sujeto, se encuentra directamente relacionada con la comprensión como tercero civil de este sujeto procesal y estrechamente vinculado al agravio sufrido. Por ello, solo puede impugnar lo referido a la reparación civil y las resoluciones conexas a ese tema que lo afecten.

2.4.14. Clasificación de los medios impugnatorios

Neyra Flores (s/a) clasifica a los recursos atendiendo a la existencia o no de limitaciones en las causas o motivos de oposición susceptibles de fundamentar la pretensión impugnatoria, así tenemos:

- 1) **Ordinarios**: Que son aquellos que proceden libremente, sin motivos o causales tasados por la ley. Que van dirigidos contra resoluciones que no tienen la condición de Cosa Juzgada, es decir,

que el proceso esté abierto o en trámite. Entre ellos: el Recurso de Apelación, el Recurso de Nulidad, el Recurso de Queja y el Recurso de Reposición.

2) Extraordinarios: es aquel Recurso que cuenta con un carácter excepcional, pues solo procede contra determinadas resoluciones, debido a los motivos o causales tasadas por la ley. En donde, dichas resoluciones han adquirido la calidad de Cosa Juzgada. El único Recurso Extraordinario en el Proceso Penal es el Recurso de Casación, previsto en el nuevo Código Procesal Penal del 2004.

A su vez, **Sánchez Velarde (2004)** señala que la moderna doctrina viene admitiendo el término “medio de impugnación” como género y remedios, recursos y acciones como especies diferenciables, así tenemos, otra posible clasificación de los medios impugnatorios de acuerdo a sus objetivos:

- a. Remedios:** Reside en que el perjuicio se produce por concurrencia de determinadas anomalías, que puede remediar la misma autoridad jurisdiccional que conoce o conoció el proceso, entre estos, tenemos al recurso de Reposición.
- b. Recursos:** Estos consideran la parte efectivamente injusta de la sentencia y buscan que un Tribunal de categoría superior finalice la actividad del inferior, que revoca o confirma la resolución impugnada, entre ellos tenemos a la Apelación, Queja, Nulidad y Casación.
- c. Acción:** Este medio impugnatorio ataca la cosa juzgada, que se materializa en el denominado recurso extraordinario de Revisión.

Asimismo, indica **San Martín Castro (2003)** que los medios de impugnación se pueden clasificar por sus efectos en: suspensivo o no, de trámite inmediato o diferido, y devolutivo o no devolutivo.

Según **Sánchez Velarde (2004)** la clasificación que realiza nuestro ordenamiento procesal vigente, “pese a no existir una normatividad conjunta sobre los medios impugnatorios en nuestro ordenamiento procesal penal”, es la siguiente:

- a) Recurso de Apelación.
- b) Recurso de Nulidad.
- c) Recurso de Queja por denegatoria.

El **Nuevo Código Procesal Penal (2004)**, realiza una sistematización de los medios impugnatorios, señalando los siguientes:

- a. Recurso de Reposición.
- b. Recurso de Apelación.
- c. Recurso de Queja.
- d. Recurso de Casación.

Delimitando el contenido del presente estudio, solo nos limitaremos a analizar los medios impugnatorios como es el recurso de apelación y el recurso de casación, resaltando la finalidad de cada uno de estos.

A. El recurso de apelación

1. Concepto

La apelación constituye el más importante recurso de los ordinarios, teniendo por fin la revisión por el órgano judicial superior de la sentencia o auto del inferior.

Etimológicamente la palabra apelación deriva de la voz latina “*appellatio*” que quiere decir citación o llamamiento y cuya raíz es “*apello*”, “*appellare*”, habiendo conservado dicho origen en la mayoría de los idiomas. Así, en francés se dice “*appel*”, en inglés “*Appeal*”, en italiano “*Apello*”, en alemán “*Appellation*”, en portugués “*apellacao*”.

Acerca de este recurso **Rafael Gallinal (s/a)**, apunta que: ***“por apelación, palabra que viene de la latina appellatio, llamamiento o reclamación, es un recurso ordinario que entabla el que se cree perjudicado o agraviado por la resolución de un juez o tribunal, para ante el superior, con el fin de que la revoque o reforme”***.

A partir del momento en que la función de administrar justicia comenzó a ser entendida como una actividad humana, antes que obra de los dioses y sacrosantos monarcas, el reconocimiento de la existencia de un más o menos relevante margen de error en el resultado de los procedimientos judiciales, se constituyó en una preocupación constante para la inmensa mayoría de los ordenamientos procesales.

Es claro que la regulación de los recursos y en especial el de la apelación, sufrió distintas transformaciones en el tiempo, vinculadas con sus efectos, con el órgano competente para entender de ella, con los vicios o defectos contra los que se la autorizaba, con el número de veces que podía deducirse en un mismo juicio y a las consecuencias

patrimoniales y personales muchas veces exorbitantes que se derivaban de su desestimación por el apelante derrotado.

Así por ejemplo, *Constantino*, impuso al apelante vencido la condena “accesoria” al destierro por dos años y además la de confiscación de la mitad de sus bienes; y al litigante pobre, la de dos años de trabajos forzados.

En la actualidad en mayor o menor medida, todos los sistemas procesales permiten la revisión de las resoluciones más importantes sea que el examen se realice mediante la apelación o por otro recurso de similar alcance y contenido.

El recurso de apelación, típico acto jurídico procesal de parte, calificado como el más importante y usual de los recursos ordinarios - propio del principio de pluralidad de instancias- ha sido objeto de innumerables definiciones.

Prestigiosos autores como *Palacios Enrique (1974)*, entienden que se trata del “remedio procesal encaminado a lograr que un órgano judicial jerárquicamente superior con respecto al que dictó una resolución que se estima injusta, la revoque o reforme total o parcialmente”, mientras que otros autores como *Falcón Enrique (1983)*, lo ha definido como “el medio de impugnación que tiene la parte para atacar las resoluciones judiciales, con el objeto de que el superior las revoque total o parcialmente por haber incurrido el juez *a quo* en un error de juzgamiento”.

La apelación, en opinión de *Hinostroza Mínguez (1999)*, es: “aquel recurso ordinario y vertical o de alzada formulado por quien se considera agraviado con una resolución (auto o sentencia) que adolece de vicio o error y encaminada a lograr que el órgano jurisdiccional superior

en grado al que la emitió la revise y proceda a anularla o revocarla, ya sea total o parcialmente dictando otra en su lugar u ordenando al Juez *a quo*, que expida una nueva resolución de acuerdo a los considerandos de la decisión emanada del órgano revisor”.

Agustín Costa (1990), asevera que la apelación es: “remedio procesal que tiene por objeto el control de la función judicial y se funda en una aspiración de mejor justicia, remedio por el cual se faculta al litigante agraviado por una sentencia o interlocutoria, a requerir un nuevo pronunciamiento de un tribunal jerárquicamente superior para que, con el material reunido en primera instancia y el que restringidamente se aporte en la alzada, examine en todo o en parte la decisión impugnada como erróneamente por falsa apreciación de los hechos o equivocada aplicación o interpretación del derecho, y la reforme o revoque en la medida de lo solicitado”.

Constituye uno de los recursos de mayor incidencia en nuestro sistema procedimental y el que más se invoca, aun cuando por la naturaleza misma del recurso algunas veces corresponda a otro (nulidad o queja).

El recurso de Apelación, es probablemente el más popular de todos los recursos, tanto que en el lenguaje común se ha convertido en sinónimo de medio impugnatorio. Esto se debe a que, sin duda alguna, es el más importante y utilizado de todos los recursos.

A mérito de este recurso, el **Tribunal o Sala Superior** que conoce de la impugnación, luego de reexaminar la resolución del juez de primera instancia, decidirá si confirma, revoca o modifica dicha resolución. En tal sentido, el Juez *ad quem* corrige los errores y enmienda injusticias cometidas por el Juez *ad quo* y de este modo mitiga. En lo posible, las dudas de los litigantes.

En cuanto a la materia o su contenido, la apelación constituye una revisión del juicio anterior. De tal manera por un lado se establece que el órgano jurisdiccional revisor examinara la resolución que es materia del recurso; solo se pronunciara sobre lo que es objeto del recurso y no sobre otros aspectos del proceso.

A partir de la época anterior, posterior a la *Revolución Francesa*, se comienzan a perfilar los diferentes sistemas de apelación que van a coexistir en el derecho comparado hasta nuestros días: el de la revisión total de la primera instancia y el que sólo admite que se reexamine la sentencia. El primero que proviene del Derecho romano, es el verdaderamente puro, según se dice y se introduce a través del Derecho Francés, en la mayoría de los países de Europa a excepción de Austria primero y luego de la misma Francia. Se trata del sistema que autoriza en la segunda instancia la revisión total del proceso, pudiendo incorporarse nuevas excepciones (o pretensiones en general) y nuevas pruebas. El otro sistema opuesto es el de Austria, de Revisión solamente de la sentencia, es el que pasa a España y a través de ésta a nuestros países latinoamericanos.

Al sostenerse que la apelación constituye una “renovación del proceso”, es decir, como un medio para reparar los errores cometidos en la instancia anterior; se sustenta en el entendimiento de que el tribunal superior tiene amplitud de facultades, no solo para revisar lo que es objeto del recurso, sino de toda la causa, bajo el criterio de que todos los asuntos deben pasar por las dos instancias y por lo tanto se admiten pruebas y formulación de excepciones.

Por otro lado también se sostiene que el recurso de apelación no da lugar a un nuevo juicio (*novum iudicium*) sino a un nuevo examen, por lo que el tribunal superior se encuentra limitado por el material fáctico y probatorio incorporado en la primera instancia, para el análisis del acierto

de la resolución recurrida sobre la base de una constatación que parte y concluye en ella misma.

No obstante, ese material puede ser ampliado en ciertos supuestos, admitiéndose de esa manera la alegación de hechos sucedidos o conocidos con posterioridad al plazo concedido para la apertura a prueba en la instancia inferior, la agregación de documentos posteriores o anteriores, pero conocidos con posterioridad, la producción de pruebas indebidamente denegadas o respecto de las cuales hubiese mediado una equivocada declaración de negligencia en la instancia anterior.

El problema mayor que surge, en cuanto a esta materia de la apelación, precisa el maestro **Del Valle Randich (1969)**, es el relativo a si se trata de un nuevo examen de la instancia anterior o tan sólo a una comprobación de la resolución expedida en la instancia inferior, en el primer caso señala que se llama *novum iudicium*, para lo cual se permite, como se suele decir, en el derecho Alemán “una primera segunda instancia”. Se permite todo de nuevo, con la excepción de una nueva demanda, admitiéndose nuevas pruebas, mientras que para la segunda la resolución apelada en casilla la pronunciación o revisión, pues la limita a la de la primera instancia. La primera orientación, continua el acotado maestro, ha tenido sus seguidores en la legislación europea, mientras que la América Latina se ha inclinado por la segunda tendencia, siguiendo los lineamientos de la escuela española.

La apelación aparece, en la mayoría de los sistemas, sólo como una revisión de la sentencia y no la renovación de todo el juicio; se admite por una sola vez (suprimiéndose la tercera instancia, sustituida por la casación en la mayoría de los países) y se proclama el principio dispositivo que lleva a la abolición de la regla de los *comuni remedii*, estableciéndose el principio de la personalidad de la apelación. Y la regla

de limitación de los poderes del tribunal a lo apelado por las partes (expresión de agravios, escritos de sustentación de la apelación).

Nuestro sistema y la doctrina no precisan a cuál de estas dos posiciones se allana. Nos inclinamos a favor de la primera y admitimos la posibilidad de admisión de determinados elementos probatorios o nuevas argumentaciones orales para sustentar el planteamiento de las partes, pero siempre relacionados con lo que es objeto del recurso. La segunda posición haría del órgano jurisdiccional superior un controlador de todo lo que ocurra en la tramitación de la causa cada vez que conozca de un incidente promovido dentro de aquella, cuando la oportunidad procesal se presenta cuando tome conocimiento del proceso principal.

En cuanto se atribuye carácter de superior jerárquico al órgano judicial encargado de resolver el recurso, **Santiago Tawil Guido (1990)**, eleva su voz de protesta, señalando que dicho carácter estaba justificada en sistemas políticos en los cuales la facultad de resolver los conflictos correspondía en definitiva al monarca -dado su origen divino-, tal concepción, sostiene, debe reputarse, hoy en día inadecuado. En efecto señala que: “la relación existente entre los tribunales de distinto grado no es propiamente jerárquica -pues no existe poder de supremacía ni deber de subordinación entre unos y otros en el ámbito del ejercicio de la función materialmente jurisdiccional- basándose la revisión judicial por otro tribunal exclusivamente en un control técnico ideado por el legislador. Errónea juzgamos, pues la calificación comúnmente efectuado por nuestros tribunales respecto a sus pares de inferior o superior, ya que ella resulta incompatible con aquel principio fundamental en nuestra organización jurídico política en virtud del cual tan Juez es un magistrado de primera instancia como cualquier integrante de la Corte Suprema de Justicia. Desconocer ello, podría implicar cercenar peligrosamente la necesaria independencia de los jueces, olvidando que la revisión de las decisiones judiciales traduce tan sólo un examen técnico -típico del

sistema de doble instancia elegido por el legislador- ajeno a la idea de supremacía, propia de la relación jerárquica.

La apelación como medio impugnatorio cumple con los estándares mínimos exigidos por normas internacionales. Expresamente se hacía referencia al artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando que dentro de nuestro sistema el derecho al recurso debe entenderse en un *énfasis medio* que implica que en el proceso impugnatorio el juez debe tener la posibilidad de revisar el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena sin más límites que los establecidos por el recurrente en su escrito de impugnación.

En ese sentido establece **De La Oliva Santos (1997)** que el Recurso de Apelación viene a ser el medio impugnatorio por excelencia - debido a la amplia libertad de acceso a éste- al que se le encomienda la función de hacer efectivo el tan mentado Derecho al recurso. Y ello porque frente al posible error judicial por parte del *Juez Ad Quo* en la emisión de sus resoluciones, surge la 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.

El derecho al recurso -y en este caso, la apelación- debe estar orientado, tal como señala **García Ramírez (s/a)**, a proteger los derechos humanos del individuo y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no solo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior -que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales- debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de estas, las normas invocadas y la aplicación de ella.

En **San Martín Castro (2003)**, destaca **Ferrajoli (1996)**, respecto de la apelación, que el doble examen del caso bajo juicio es el valor garantí por la doble instancia de jurisdicción, la cual es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad; que siendo los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen, por lo que a falta de él los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan solo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio; que si se quiere salvar la esencial función garantista de la apelación, que es un juicio sobre el hecho -como tal, permite evaluar la prueba y poder asumir una nueva conclusión acerca de su mérito-, es esencial sacrificar o limitar en todo el principio acusatorio de la inmediación.

2. Efectos de la Apelación

Otro tema trascendente sobre este recurso es el de los efectos, en que es concedido. Tradicionalmente, la judicatura nacional ha hecho suyo un criterio clasificatorio según el cual el recurso de Apelación se concede “*en un solo efecto*” y en “*doble efecto*”.

Monroy Gálvez (1992), explica que: “Con este tratamiento numérico de los efectos de la aplicación se enseña que hay dos: la apelación con efecto devolutivo y con efecto suspensivo. El primero significa que sólo aquello que ha sido apelado va al superior, quedando suspendida la competencia del juez inferior, de allí su nombre”.

Asimismo **Monroy Gálvez (1992)** añade que: “si el efecto devolutivo significa que la apelación ha sido concedida “en un solo efecto”, entonces el suspensivo significa que ha sido concedida “en doble

efecto”. Pero si esto es así, estamos afirmando que cuando una apelación ha sido concedida en doble efecto, debemos entender que ha sido concedida en efecto suspensivo y también en efecto devolutivo. Sin embargo advertimos, que tal situación es un imposible jurídico, un juez no puede tener suspendida su competencia y tener competencia a la vez. En consecuencia, los conceptos “Un solo o doble efecto” son irreales, inadecuados y engañosos.

Concluye **Monroy Gálvez (1992)**, asegurando que: “este criterio defectuoso se origina, creemos, en el error de considerar que los efectos de la apelación están ligados a la competencia del juez inferior. Nos parece que la competencia del juez inferior no está en cuestión durante la tramitación de una apelación, lo que sí está en disputa es la eficacia de la resolución apelada”.

Lo importante de todo esto, es que cuando se interpone un recurso de apelación debe tenerse en cuenta si la admisión y procedencia del recurso va a determinar que la resolución se cumpla o se suspenda en su ejecución. Esta disyuntiva depende del efecto con el que se ha concedido el recurso de apelación.

Si un recurso de apelación es concedido con efecto suspensivo significa que la resolución no deberá cumplirse de inmediato, debido a que está suspendida su eficacia hasta que se resuelva en definitiva por el superior.

En cambio, si el recurso de apelación ha sido concedido sin efecto suspensivo, significa que, con prescindencia de la tramitación del recurso, la decisión contenida en la resolución apelada, tiene plena eficacia y puede exigirse su cumplimiento.

Al momento de concederse la apelación, debe precisarse por el Juez el efecto con el que se concede. Sin embargo, si el Código o el Juez no expresaran nada al respecto, se entenderá que el recurso ha sido concedido sin efecto suspensivo; así lo dispone el segundo párrafo del artículo 372° del Código Procesal Civil²².

3. Los Sistemas de Apelación

La doctrina también nos indica, que el Recurso de Apelación debe de contar con una clasificación, que permita conocer el ámbito de aplicación de este recurso. La clasificación está determinada por tres características que permiten diferenciar ambos sistemas entre sí.

En efecto, dichos sistemas se van a diferenciar por la respuesta a las siguientes interrogantes: a) ¿La apelación como continuación o como revisión de la Sentencia dictada por el Juez *A Quo?*, b) ¿Cuál es la libertad en la admisión de nuevas pruebas?; y, finalmente, c) ¿Cuál es el contenido de la Sentencia dictada por el Juez *A Quem?*

a) Apelación Plena

Este sistema nace en Alemania en 1977, con la Ordenanza Procesal Civil Alemana (ZPO), aplicable también al proceso penal, en la

²² **Artículo 372°.- procedencia de la apelación sin efecto suspensivo.-** Las apelaciones sin efecto suspensivo proceden en los casos expresamente establecidos en la ley y en aquellos en que no procede apelación con efecto suspensivo.

Cuando este código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelada una resolución, esta es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida.

Artículo 368°: efectos.- El recurso de apelación se concede:

1. *Con efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución recurrida queda suspendida hasta la notificación de la que ordena se cumpla lo dispuesto por el superior.
Sin perjuicio de la suspensión, el Juez que expidió la resolución impugnada, puede seguir conociendo las cuestiones que se tramitan en cuaderno aparte. Asimismo, puede, a pedido de parte y en decisión debidamente motivada, disponer medidas cautelares que eviten que la suspensión produzca agravio irreparable.*
2. *Sin efecto suspensivo, por lo que la eficacia de la resolución impugnada se mantiene, incluso para el cumplimiento de ésta.
Al conceder la apelación, el Juez precisará el efecto en que concede el recurso y si es diferida, en su caso.*

que se establecen las características fundamentales que informan éste sistema.

Este sistema de Apelación en su estado más depurado, implica, siguiendo a **Gimeno Sendra (2000)**, tres características:

- Que la apelación es una mera continuación de la primera instancia, que significa un *novum iudicium* encaminado a obtener una segunda decisión judicial sobre la controversia inicialmente deducida ante la Jurisdicción.
- Que el material instructorio de la segunda instancia se nutre tanto del que fue aportado en el primer grado como del novedosamente introducido en la fase de impugnación, admitiéndose nuevos hechos y medios de prueba, y hechos y medios de prueba anteriores no utilizados, por ello se reconoce el llamado “*ius novorum*” en apelación que comprende tanto los *nova producta* (materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en primera instancia), como los “*nova reperta*” (materiales anteriores a ese momento pero que no pudieron utilizarse por tomar la parte conocimiento de los mismos con posterioridad) y los “*nova allegata*” (materiales no utilizados voluntariamente en el primer proceso).
- Que la sentencia de apelación contiene un segundo pronunciamiento sobre la controversia, que implica aceptar que la sentencia decisora de la apelación se pronuncia de nuevo sobre el objeto del proceso y que el tribunal de segunda instancia puede llegar a un pronunciamiento distinto del declarado en la resolución apelada con independencia o no del acierto o corrección de ésta última, por ello **Roxin Claus (2000)** señala que en consonancia con el objeto de la apelación, en la audiencia oral no se examina solamente si la decisión de la primera instancia era correcta o no lo

era y por ello la instancia de apelación es, en cierto modo, una segunda primera instancia.

Cabe apreciar, que la característica más saltante del sistema pleno -sin desconocer la importancia de las otras dos características-, viene constituida por la libertad en la aportación y actuación de nuevos medios probatorios, en ese sentido se pronuncia la doctrina alemana cuando se menciona, al describir el sistema acogido en dicho país, que “se admite ilimitadamente nuevos medios probatorios”. Y es también en esa característica, donde se han dirigido las principales críticas.

Cabe precisar, que esta amplitud en la admisión de hechos y nuevas pruebas no significa permitir la introducción de nuevas pretensiones ajenas a la primera instancia.

Por tanto, esta apelación plena de origen Alemán, supone una aplicación amplia; tanto en el aspecto de legalidad, como en la relación jurídico material de la sentencia apelada. Logrando, que la resolución del Juez revisor se extienda hasta la estimación de la ilegalidad de la resolución del Juez de primera instancia.

b) Apelación Limitada

Este sistema de apelación fue incorporado por la Ordenanza Civil Austríaca de 1895, como una crítica al modelo de Apelación anterior, tiene un contenido diverso, en el sentido que el órgano revisor se limita a efectuar un simple control de lo resuelto en primera instancia. Si en el modelo pleno la apelación se podía expresar como creación, en éste se habla solo de revisión.

En efecto, en el sistema de apelación limitado tenemos, en su versión más pura, y siguiendo nuevamente a **Gimeno Sendra (2000)**, tres características que lo diferencian sustancialmente del sistema anterior:

- Que la apelación se constituye en una simple revisión de la sentencia dictada en primera instancia, que significa que ésta no es autónoma sino complementaria y vinculada a la misma.
- Que el material instructorio es idéntico en ambas fases, sin resquicio alguno a la admisión de “*ius novorum*”, ello implica que no se consiente a las partes deducir nuevas excepciones y nuevos medios de ataque y defensa, ni hechos o pruebas que no hayan sido deducidos en primera instancia.
- Que la sentencia estimatoria del recurso es meramente negativa, en eso el Juez revisor, se limita a la observación de la ilegalidad de la resolución, y si esta fuera considerada ilegal, solo cabe el reenvío mas no la sustitución. En consecuencia, en esta Apelación es imposible formular una nueva declaración. Es decir; se limita solamente, a controlar la legalidad o no de la resolución apelada, dejando de lado, la revisión sobre el fondo del asunto (relación material discutida), y así evitar, un pronunciamiento nuevo sobre el conflicto. Por tanto, el órgano revisor, frente a una sentencia de primera instancia, la cual crea, que no es conforme a derecho, solo se limitaría a anularla, más no, a su estudio de fondo.

Las ventajas derivadas de asumir un sistema limitado de apelación son resaltadas por la más autorizada doctrina, sustentando su postura en la segunda característica de este sistema, es decir, el referido a la imposibilidad de aportación de nuevos medios de prueba.

En ese sentido **Gimeno Sendra (2000)** señala, como una ventaja, que éste produce un *efecto pedagógico* que postula que los litigantes tendrán que hacer uso de todos los medios probatorios a su alcance y no esperar utilizarlos en una segunda instancia, porque ésta no los permitirá. Asimismo se señala que solo este modelo lograría que no se pierda *un grado jurisdiccional* porque en base a dichas novedosas alegaciones no se dictará sino una única solución de forma que para salvaguardar la garantía de la doble instancia en esos casos, una de dos, o se instaura

una tercera instancia limitada -con lo que no se habrían cosechado sino dilaciones- o una cadena infinita de instancias plenas.

c) Sistema de Apelación peruano

Luego de la descripción de los sistemas de apelación existentes, es necesario analizar cuál es el acogido por el modelo escogido por el legislador patrio, para poder configurar el contenido y alcance de la apelación en el Perú.

Para ello, es necesario recalcar que los sistemas descritos anteriormente difícilmente los encontraremos en su versión más pura, sino que la mayoría de países han tomado características de ambos sistemas adaptándolo a su particular estructura del Proceso Penal, es decir, a través de la reforma que ambos modelos, vienen sufriendo, se ha dado paso a un sistema mixto.

Según **Doig Díaz (2005)** el legislador nacional no ha sido ajeno a la configuración mixta de ambos sistemas, optando, en principio, por un modelo de Apelación Limitada pero con aplicaciones moduladoras del modelo Apelación Plena.

Así tenemos, que la apelación -según la regulación vigente- está configurada de la siguiente forma:

- En cuanto a la primera característica, tenemos que la apelación se concibe como un juicio de revisión de la resolución impugnada y no como una continuación de ésta, por ello no se realiza audiencia de apelación.
- En cuanto a la posibilidad de introducción de medios probatorios ante el *Juez A Quem*, ésta se encuentra seriamente limitada, al respecto señala **San Martín Castro (2003)** que la actuación de

pruebas no está expresamente permitida, salvo el caso de la prueba documental, con lo cual se omite la característica más saltante del sistema pleno.

- Finalmente, en relación a la tercera característica, podemos señalar que el contenido de la resolución que decide una apelación no es meramente negativo. En efecto, en la apelación vigente, se permite que el Juez *A Quem*, pueda sustituir la decisión del Juez *A Quo* y actuar como Juez de mérito, con las limitaciones que se derivan de las otras características. Es decir, el Juez revisor, no solo evalúa la legalidad o no de la resolución, sino que en ciertos casos, puede incluso revocar la resolución impugnada y sustituirla por la suya. Esta última característica, como se habrá podido apreciar, constituye una característica del Sistema Pleno.

Por ello se puede afirmar, que en la actualidad, el sistema de apelación que asumimos, es un Sistema Limitado, modulado por la posibilidad de introducir pruebas documentales y además con una de las características del Sistema Pleno.

En este punto, a efectos de realizar un análisis comparativo de la regulación vigente con la regulación que introduce el Código Procesal Penal del 2004, se puede señalar que se encuentran situaciones que difieren sustancialmente de la regulación vigente. En ese sentido, analizaremos la regulación del nuevo ordenamiento procesal a la luz de las características señaladas:

- En cuanto a la primera característica, tenemos que la apelación en el Código Procesal Penal se concibe como una continuación del juicio de primera instancia, estatuyéndose una verdadera segunda instancia, la cual se realizará cumpliendo las garantías de oralidad, contradicción, inmediación, etc. porque se establece el “El juicio de apelación”, en el caso que se haga valer el derecho al recurso.

- En cuanto a la posibilidad de introducción de medios probatorios ante el *Juez A Quem*, ésta se encuentra más flexible y cercana al sistema pleno sin llegar a acogerlo por completo, en el sentido que se permite la introducción de nueva prueba, pero limitada a aquélla que no se pudo aportar y/o actuar, por causa no atribuible a el sujeto que impugna; perdiendo sentido las críticas formuladas al sistema pleno por la plena -valga la redundancia- libertad de aportación y actuación de medios probatorios reconocidos en ese sistema.
- Finalmente, en relación a la tercera característica, también en este sistema se permite que el juez *a quem*, tenga competencia, no solo para revisar la legalidad de la resolución tomada, sino para convertirse en Juez de mérito, con la diferencia -respecto a la regulación vigente- que el juez revisor tiene amplias facultades de decisión, pudiendo incluso condenar al absuelto, ello se deriva de la existencia de la “audiencia de apelación” y la posibilidad de aportar nuevos medios probatorios con las limitaciones señaladas.

Tal como se puede apreciar, nos encontramos en una etapa de transición de un sistema mixto con preeminencia del sistema limitado hacia un sistema mixto con preeminencia del sistema pleno; que permita superar las críticas dirigidas a éste. Con ello, establece **Montero Aroca (1997)** que el nuevo ordenamiento procesal otorga mayores garantías para el cumplimiento de la “instancia plural” a la que hace referencia la exigencia constitucional; y en ese sentido, la instauración de una segunda instancia generalizada respetuosa de los estándares internacionales, se muestra como posible.

4. Ámbito de aplicación

En este punto vamos a analizar cuál es el acto impugnado mediante el recurso de apelación.

Como ya habíamos adelantado, el Código de Procedimientos Penales vigente, no realiza una sistematización de los medios impugnatorios; por ello encontramos de manera dispersa, en todo el texto legal y en leyes especiales, -como por ejemplo en el Decreto Legislativo 124- la relación de resoluciones contra las que procede interponer el mencionado recurso.

En ese sentido, según el articulado vigente, - tanto del Código de Procedimientos Penales de 1940 como del Código Procesal Penal de 1991- las resoluciones impugnables mediante el recurso de apelación son las siguientes:

a. En el procedimiento ordinario:

- Autos que resuelvan acerca de incidentes.
- Autos referidos a la constitución en parte civil.
- Auto de no haber lugar a la apertura de instrucción.
- Auto de devolución de denuncia porque falta un requisito de procedibilidad.
- Autos referidos a la adopción, variación o cese de medidas cautelares.

b. En el procedimiento sumario, de querrela y por faltas.

- Sentencias.

Cabe señalar que según **Doig Díaz (2003)** el Código de 1991 en su Artículo 339° introduce desde un criterio funcional, una sub clasificación de Recursos en tres denominaciones: **a) Apelación Elemental**. Cuando se recurra una resolución dictada por un Juez de Paz, correspondiendo ser el órgano Revisor, al Juez Penal, **b) Apelación Superior**. Cuando se recurra una resolución dictada por un Juez Penal en

procesos ordinarios y en especiales o en autos definitivos o que revoquen una condena condicional o la conversión de la pena, correspondiendo ser el órgano Revisor, a la Sala Penal Superior; y, **c) Apelación Suprema.** Cuando se recurra una resolución (sentencias, autos definitivos o que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena) dictada por la Sala Penal Superior en primera instancia, correspondiendo ser el órgano Revisor, a la Sala Penal Suprema.

Dicha sub clasificación ha sido omitida por el legislador del 2004, porque éste solo diferencia entre el recurso de apelación dirigida contra sentencias y contra determinados autos.

En ese sentido, el Código Procesal Penal de 2004, señala que procede el recurso de apelación contra:

- Sentencias, emitidas por el Juzgado de Paz Letrado o el Juzgado Penal, Unipersonal o Colegiado.
- Autos, emitidos por el Juzgado de Paz Letrado, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juzgado Penal, Unipersonal o Colegiado:
 - Autos que resuelvan incidentes (excepciones, cuestiones previas o prejudiciales)
 - Autos que resuelvan constitución de sujetos procesales.
 - Autos referidos a la adopción, variación o cese de medidas cautelares.
 - Autos que resuelvan el sobreseimiento.
 - Autos que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o instancia.
 - Autos que revoquen la reserva del fallo condenatorio, la condena condicional o la conversión de la pena; y

- Los autos expresamente declarados apelables o que causen agravio irreparable.

5. Trámite del Recurso de Apelación en el CPP 2004

El Código Procesal Penal del 2005, como ya se mencionó, regula solo un medio impugnatorio ordinario que está referido a sentencias y autos, denominado Apelación. En este punto, analizaremos las novedades en el trámite, que nos trae el nuevo ordenamiento procesal en este tema:

- El primero está referido a la competencia para conocer este recurso, que está reservada para la Sala Superior, salvo las resoluciones emitidas por juzgado de paz letrado, en cuyo caso conoce el Juez Unipersonal.
- El segundo está referido al efecto de interposición de este recurso, implica que se suspenden los efectos de las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin al proceso; sin que sea obstáculo para que el imputado, de ser el caso, recobre su libertad porque el Artículo 412° del mismo cuerpo normativo, señala expresamente que cuando se disponga la libertad del imputado, a pesar de interponerse algún medio impugnatorio, no se podrá suspender la excarcelación.
- El tercero está referido a los votos para decidir acerca de la impugnación planteada son dos. Asimismo, se impone una exigencia adicional, que señala la carga de fijar domicilio en la sede de la corte de apelación, y que en caso de incumplimiento, se le considerará notificado en la misma fecha de expedición de las resoluciones.

a. Trámite para apelación contra autos

El plazo para interponer el recurso de apelación es de 3 días. La Sala Superior o, en su caso, el Juzgado unipersonal, reciben los autos y corren traslado a los demás sujetos procesales por el término de 5 días.

Vencido el plazo anterior, absuelto o no el traslado, se realiza el examen de admisibilidad, que consiste en verificar: a) que han sido interpuesto por sujeto legitimado, b) que se haya interpuesto dentro del plazo de ley y por escrito (u oralmente si es el caso); y, c) que se precise los puntos de la resolución impugnada, expresando los fundamentos de hecho y derecho que apoyen su postura, y debe concluir solicitando una pretensión determinada. El juez *Ad Quem* resolverá declarando inadmisibile o admisible el recurso interpuesto, en cuyo caso señalarán día fecha y hora para Audiencia de Apelación mediante Decreto.

Antes de ser notificados del decreto que resuelve la admisión, los sujetos procesales podrán ofrecer medios probatorios, pero solo prueba documental, de lo cual se pone de conocimiento a las partes por el plazo de 3 días. Excepcionalmente, la Sala Superior o, en su caso, el Juzgado Unipersonal, solicitarán otras copias o actuaciones originales al Juez *Ad Quo*, sin paralizar el procedimiento.

Se realiza una audiencia de Apelación a la que podrán concurrir todos los sujetos procesales que lo estimen conveniente, dicha audiencia no se puede aplazar en ningún caso. En ella se da cuenta de la resolución recurrida y los fundamentos del recurso, acto seguido se oirá en primer lugar al abogado del recurrente y luego a los abogados de los otros sujetos procesales. En todo caso el imputado tiene derecho a la última palabra. El Juez *A Quem* podrá formular, en cualquier momento, preguntas aclaratorias.

El Juez *A Quem* resolverá el grado en el plazo de 20 días, analizando los fundamentos fácticos y jurídicos que llevaron al Juez *A Quo* a resolver en el sentido impugnado, pudiendo anular o revocar la resolución impugnada total o parcialmente.

b. Trámite para Apelación contra Sentencias

El plazo para interponer el recurso de apelación es de 5 días. La Sala Superior o, en su caso, el Juzgado unipersonal, reciben los autos y corren traslado a los demás sujetos procesales por el término de 5 días.

Vencido el plazo anterior, absuelto o no el traslado, se realiza el examen de admisibilidad, que consiste en verificar: a) que han sido interpuesto por sujeto legitimado, b) que se haya interpuesto dentro del plazo de ley y por escrito (u oralmente si es el caso); y, c) que se precise los puntos de la resolución impugnada, expresando los fundamentos de hecho y derecho que apoyen su postura, y debe concluir solicitando una pretensión determinada. El juez *A Quem* resolverá declarando inadmisibles mediante auto que podrá ser impugnado mediante el recurso de reposición; o admisible el recurso interpuesto, en cuyo caso comunicará a las partes para que puedan ofrecer medios probatorios en el plazo de 5 días.

El ofrecimiento de pruebas debe contener la pertinencia de éstas bajo sanción de ser declaradas inadmisibles. En esta segunda instancia es posible el ofrecimiento y admisión de nuevos medios probatorios, con las limitaciones siguientes: a) que se trate de medios probatorios de los cuales recién tomó conocimiento y por ello no los pudo ofrecer en primera instancia, b) que sean medios probatorios que a pesar de ser ofrecido válidamente en primera instancia fueron indebidamente denegados, siempre que se hubiera formulado oposición oportunamente; y, c) los

medios probatorios que habiendo sido admitidos válidamente no fueron practicados por causas no imputables al recurrente.

Asimismo, solo serán admisibles medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o inocencia o la determinación judicial de la sanción, siendo que los medios probatorios ofrecidos deben referirse solo a estos puntos.

La Sala podrá citar a testigos, siempre que algún sujeto procesal insista en su presencia por exigencias de inmediación y contradicción. Mediante auto inimpugnable, se decide la admisión de los medios probatorios ofrecidos y se convocará a la Audiencia de Apelación a todos los sujetos procesales, incluso a los no recurrentes.

En la audiencia de apelación es obligatoria la presencia del representante del Ministerio Público, el imputado recurrente, el imputado recurrido y los sujetos recurrentes. Si no asiste el imputado recurrido se realizará la audiencia, declarándolo contumaz y se ordenará la conducción compulsiva de éste. Si no asiste injustificadamente el sujeto recurrente, entonces, se declarará inadmisibile el recurso de apelación.

Una vez instalada la Audiencia se procederá a dar cuenta de la resolución recurrida y las impugnaciones correspondientes. Acto seguido se correrá traslado a los sujetos recurrentes para que desistan total o parcialmente de la apelación o ratifiquen sus motivos.

Luego se da paso a la etapa probatoria, concluida ésta, se iniciarán los alegatos en orden empezando por el recurrente, si son varios los recurrentes, se seguirá el orden establecido para los alegatos en el juzgamiento de primera instancia; teniendo el imputado derecho a la última palabra.

El Juez A Quem resolverá el grado en el plazo de 10 días, analizando los fundamentos fácticos y jurídicos que llevaron al Juez A Quo a resolver en el sentido impugnado, no pudiendo otorgarle diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia salvo que ésta sea cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia.

La sentencia de segunda instancia puede: a) declarar la nulidad total o parcial de la sentencia apelada con reenvío al juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar, b) dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia sin reenvío, en cuyo caso, puede incluso condenar al absuelto, siendo ésta leída en Audiencia pública, para cuyo efecto se notificará a las partes y se llevará a cabo con las partes que asistan, sin que pueda aplazarse por motivo alguno.

Contra esta sentencia solo procede pedido de aclaración o corrección, y Recurso de Casación. Si no es recurrida, se enviará al juez que corresponda ejecutarla.

Como se puede apreciar, la regulación del nuevo ordenamiento procesal confrontado con la parca y a sistematizada regulación vigente, asegura una verdadera “**dobles instancia**”. Tal como está estipulado, progresivamente, a partir del 2006, la regulación aplicable irá modificándose sustancialmente y la asignatura pendiente de implantar una segunda instancia generalizada -en términos de **Doig Díaz (2003)**- podrá ser cumplida a cabalidad.

6. Características

El recurso de apelación se caracteriza por lo siguiente:

- Es un recurso ordinario, devolutivo²³, suspensivo²⁴ y no suspensivo.
- Es un recurso ordinario, porque no se exigen causales especiales para su formulación y admisión.
- Devolutivo entendido como puro y simple paso “de la cognición del procedimiento del juez *a quo* al juez *ad quem*”, se transfiere la *cognitio causae* a un juez de grado superior. A criterio de **Casarino Viterbo (1984)**, es un recurso por vía de reforma, o sea, es conocido por el tribunal inmediatamente superior en grado jerárquico de aquel que pronunció la resolución recurrida.
- Suspensivo en la medida en que algunas resoluciones (tratándose de sentencia o de auto que disponen la conclusión del proceso) quedan en suspenso su ejecución en tanto no sea resuelta el grado. Sin embargo últimamente en mayor número de resoluciones se concede la apelación sin efecto suspensivo (Libertad Provincial, etc.) su tramitación puede ser también diferida en las hipótesis expresamente establecida en la ley (artículo 221° del C de P.P. apelación del auto de no ha lugar a juicio oral y si ha lugar contra otros procesados).
- Es un recurso de alzada, pues es resuelto por el órgano jurisdiccional superior en grado a aquel que dictó la resolución recurrida.
- Es un acto procesal sujeto a formalidades representadas por los requisitos de admisibilidad (como el pago de tasa judicial, presentación dentro del plazo de ley, etc.) y de procedencia (como adecuación del recurso y la indicación del agravio así como del vicio o error que lo motiva).

²³ una de las clasificaciones de los medios de impugnación distingue entre medios devolutivos y no devolutivos, según que la *cognitio causae* se transfiera o no, a consecuencia de la impugnación a un Juez de grado superior al de quien emitió la decisión impugnada. En una clasificación general basta hablar de efecto devolutivo, entendido como transferencia de la *cognitio causae* a un juez superior.

²⁴ En sentido contrario DEL POZO (*appello...pág. 73*) reconociendo que el efecto suspensivo no es característico de la apelación penal, sino en medida mayor o menor, de todos los medios de impugnación llamados ordinarios.

En opinión de GIOVANNI LEONE, en cambio, la caracterización es oportuna, aunque sea común a las impugnaciones ordinarias, por lo menos, a fin de diferenciar la apelación de aquellas otras impugnaciones que tienen carácter extraordinario.

- Se presenta ante el juez que emitió la resolución cuestionada y no directamente al superior jerárquico.
- No versa sobre cuestiones nuevas sino que está referido al contenido de la resolución impugnada y a aquello que se debatió en el proceso.
- Se dirige contra autos y sentencias siempre y cuando no haya adquirido la autoridad de cosa juzgada.
- Procede por iniciativa de las partes o de los terceros legitimados.
- Es un recurso que contiene intrínsecamente la institución de la nulidad, sólo si el vicio ésta referido a la formalidad de la resolución recurrida.

7. Legitimación para recurrir

a. La legitimación como requisito de admisibilidad de los recursos.

Según ***Alsina Hugo (1961)***, el vocablo legitimación es empleado por numerosos autores aludiendo a los sujetos habilitados para la interposición de los diversos recursos que contemplan los ordenamientos procesales positivos. Y desde esta óptica, la legitimación constituye uno de los requisitos subjetivos de admisibilidad de los recursos, a la par del interés, la competencia del órgano y la personería del sujeto que interpone el remedio.

En función del recaudo que nos ocupa, se admite sin disonancias que las partes se encuentran legitimadas para recurrir, los terceros extraños al proceso, sólo excepcionalmente.

b. Precisiones en torno de la legitimación para recurrir

Según **Palacios Lino Enrique (1947)** el recurso de apelación, y los recursos en general constituyen actos procesales de impugnación destinados a rescindir, anular, complementar o modificar resoluciones judiciales; suponen un proceso ya iniciado y emanan de ciertos sujetos, distintos del órgano judicial, entre ellos, obviamente, las partes. Y parte es toda persona que en proceso reclama en nombre propio, o en cuyo nombre se reclama la satisfacción de una pretensión, y aquella frente a la cual se efectúa tal reclamo; es una noción ligada al proceso, que alude a quienes de hecho intervienen o figuran en la Litis como sujeto activo o pasivo de la Litis, con independencia de que encuentren o no legitimados conforme el concepto suministrado en el capítulo anterior.

Asimismo **Palacios Lino Enrique (1947)** Para demostrar la diferencia entre la legitimación procesal -requisito de admisibilidad de la acción- y la denominada legitimación para recurrir -recaudo de admisibilidad de recursos-, basta reparar que cuando una resolución judicial desestima la acción, declarando la falta de legitimación procesal de alguno de los sujetos, éste está habilitado para recurrir, de confundirse uno y otro concepto, la parte afectada no estaría habilitada para impugnar la resolución que le niega legitimación.

Desde luego, en la medida que se tenga en claro que la legitimación procesal -como requisito de admisibilidad de la acción- no guarda relación con la aptitud para interponer recursos, no vemos ningún inconveniente en denominar al recaudo de admisibilidad subjetivo que nos ocupa “legitimación para recurrir”²⁵.

²⁵ Cabe observar, además, que tampoco debe confundirse la “legitimación” para recurrir, con la “personería” para interponer el recurso. Respecto de los representantes necesarios o voluntarios de las partes, que interponen recursos en nombre de éstas, debe verificarse la existencia de personería; en este caso, los sujetos legitimados son los representados.

Si bien el poder de recurrir concedido en abstracto a las partes como sujetos procesales, equivale a una capacidad procesal de contralor de las resoluciones jurisdiccionales, mirado en concreto ya no se presenta con la misma amplitud.

La ley se encarga de ponerle límites para que su ejercicio no redunde en un entorpecimiento del proceso.

c. Otros requisitos de admisibilidad de los recursos

Interesa acá poner de relieve otros recaudos de admisibilidad, cuya consideración será indispensable para el desarrollo que se propone.

1) El interés procesal

Según **Azpelicueta – Tessone (s/a)** entre los requisitos subjetivos de admisibilidad de los recursos se encuentra el interés para recurrir, interés específico, determinado por el gravamen o perjuicio que la decisión recurrida ocasiona al recurrente. Y hay gravamen cuando media una diferencia perjudicial entre lo pedido por la parte y lo concedido por la resolución impugnada. Más, esta noción está ligada al concepto de parte. Bien puede suceder que una resolución judicial ocasione perjuicio a un tercero; es decir, a un sujeto que nada ha reclamado en el proceso y, a cuyo respecto tampoco se ha efectuado reclamo alguno. Por ello, en términos generales, el interés para recurrir se configura cuando un sujeto se encuentra en una situación más desfavorable de la que tenía antes del dictado de una resolución judicial.

Ahora bien, en función del examen de admisibilidad de los recursos, el interés para recurrir constituye el recaudo subjetivo predominante. **Ayan Manuel (1985)** señala que la calidad de parte no es suficiente a los fines de la admisibilidad de los recursos; es indispensable

además que el sujeto ostente el interés específico para recurrir. Es evidente que si no existe interés, tal cual lo aprecia la Ley, la actividad impugnativa del sujeto carecería de un motivo que justifique una utilidad procesal y, como consecuencia, se entorpecería el normal desarrollo del proceso con una actividad inútil.

2) El agravio – principio de formalidad

Beling (1943) señala que desde un punto de vista objetivo, para que exista un interés, la resolución que se ataca debe tener un contenido desfavorable para el impugnante, a los efectos del ordenamiento jurídico, concretamente, y no según su apreciación subjetiva. Tal como señalan **Agrelo (1950) y Acosta (1978)** es lo que se conoce por agravio o gravamen en el lenguaje procesal. El agravio se genera cuando una desventaja o perjuicio²⁶ que provoca la resolución judicial que restringe un derecho o una libertad proviene de errores cometidos por el órgano. Y sabido es que los errores pueden ser *in procedendo* o de actividad, e *in iudicando* o de juicio. A su turno, los primeros pueden afectar el trámite anterior al dictado de una resolución judicial o instalarse en ella; los segundos pueden cometerse en la determinación de los hechos, en la apreciación de la prueba, en la selección y valoración de las normas jurídicas o pueden consistir en meros errores materiales.

Ahora bien, la demostración del agravio hace de la fundabilidad del recurso, pero como en materia recursiva rige el principio de formalidad, la elección del remedio idóneo en función del concreto error que se denuncia, concierne a la admisibilidad del recurso.

²⁶ El perjuicio o desventaja es un componente esencial en la definición de los recursos.

d. La legitimación para recurrir de terceros

Palacios Pimentel (1974), sostiene que, por principio, sólo las partes están habilitados para interponer recursos; los terceros, excepcionalmente, si resultan perjudicados y no gozan de otra vía para reparar el gravamen.

Según **Jerí Cisneros (2002)**, los terceros no plantean en materia recursiva un verdadero problema de legitimación y tampoco se cree que la facultad para recurrir sea excepcional; en todo caso, lo que escapa a la regla es que los terceros sufran perjuicio derivados de las resoluciones dictadas en un proceso al que resultan extraños.

De ahí que toda la cuestión que suscitan los terceros se reduce a verificar si gozan de interés para impugnar y, en su caso, si concurren los restantes requisitos de admisibilidad comunes y específicos; fundamentalmente, si han acertado en la elección del medio de impugnación -principio de formalidad- en función de los agravios que en concreto formulen, lo cual, a la postre, depende de la regulación que hayan merecido los remedios de impugnación en cada ordenamiento positivo.

Y desde esta óptica, podemos anticipar que la admisibilidad de los recursos son interpuestos por terceros y no es residual.

8. Quienes pueden apelar

La ley no hace precisiones sobre los sujetos procesales que pueden interponer el recurso de apelación. La posibilidad es para todos los sujetos, con excepción del juez, así:

a) El imputado

Pues de por medio están sus derechos afectado; la apelación puede ser interpuesto directamente o por su abogado defensor, según el acto y momento procesal (por ejemplo, la notificación de un auto o la lectura de una sentencia en el procedimiento sumario; si el imputado tiene la condición de ausente o contumaz, la posibilidad de apelar recae en el defensor).

b) En Ministerio Público.

Conforme ya se ha mencionado el Ministerio Público, tiene facultad impugnadora permanente por ser sujeto principal del proceso que actúa como persecuidor del delito y del delincuente, así como ser el defensor de la legalidad, sin embargo su impugnación se halla sujeto a la formalidad que establece la ley para todos los intervinientes en un proceso. Puede apelar de las resoluciones que estime errónea o injustas. Por ejemplo contra el mandato de comparecencia, también puede impugnar el mandato de detención, los autos que resuelven las excepciones, cuestiones previas, prejudiciales, entre otras.

c) La parte civil

El Código habla indistintamente de la víctima o del agraviado y de la parte civil. Sin embargo la diferencia existe y es necesario marcarla al darle participación efectiva en el proceso a quien tiene el más cierto interés en sus resultados.

Para que la parte agraviada pueda participar en los actos del proceso e impugnar resoluciones es necesario que previamente se constituya como parte civil.

No basta denunciar el hecho y considerarse agraviado con el delito, es necesario asumir expresamente la condición de parte civil y para ello es indispensable la solicitud escrita o verbal al Juzgado y la resolución expedida por el órgano jurisdiccional aceptando la solicitud.

d) El tercero civil.

Desde el momento que es considerado como sujeto dentro del proceso penal tiene legitimación para actuar interponiendo el recurso de apelación en el extremo económico de la resolución judicial.

9. El recurso de apelación. Cumplimiento efectivo de la doble instancia

Según **Gimeno Sendra (2007)** establece que de todos los medios de impugnación, es un hecho reconocido por un sector importante de la doctrina, que el recurso de apelación es, sin duda alguna, el que mayores garantías ofrece para las partes debido, fundamentalmente, a su carácter de recurso ordinario.

Persisten, sin embargo, dudas y recelos en torno a las bondades de la segunda instancia, por entender que no se corresponde con las notas características del sistema acusatorio que, históricamente, ha defendido la instancia única, concebida como el proceso que, con independencia de los recursos extraordinarios que puedan articularse, no está sujeto a juicio revisor a través del recurso de apelación. Todo ello en consonancia como lo indica **Armenta Deu (s/a)** que con un proceso en el que rigen los principios de libre valoración de la prueba y de oralidad, con las consabidas dificultades de reproducción del proceso. A lo anterior se añaden tal como lo indica **Rodríguez Fernández (1999)** que los argumentos que niegan las ventajas de la apelación sobre la base, por un lado, de la lentitud y dilación que supone para el proceso, frente a la

celeridad del proceso de instancia única; y, por otro, de las dificultades que suscita, en determinados ordenamientos, articular órganos judiciales intermedios, que como el caso peruano, serán creados entre las Cortes Superiores y la Corte Suprema.

Es un hecho incuestionable que el proceso penal de instancia única tiene una duración inferior comparada con la del proceso de doble instancia. Sin embargo **Rodríguez Fernández (1999)** señala que los principios como los de celeridad y eficacia, no pueden primar sobre el valor justicia que entraña el reconocimiento de la falibilidad humana y la necesaria certeza de las resoluciones judiciales. La segunda instancia aspira, por lo tanto, a una resolución más justa.

Como se expuso anteriormente, una de las críticas vertidas contra la segunda instancia es la merma de los principios de libre valoración de la prueba y oralidad. **Cortés Domínguez en Gimeno Sendra (1996)** indica que si lo razonable es que el órgano judicial valore solo las pruebas practicadas en el juicio bajo el imperio del más riguroso principio de inmediación, la pregunta que se desprende, entonces, es si la vigencia del principio de inmediación evita o debe evitar en buena técnica el doble grado de jurisdicción.

Según **Cortés Domínguez en Gimeno Sendra (1996)** para responder esta cuestión resulta necesario tener en cuenta factores que no son propiamente técnico - procesales, como la concepción que se mantenga del proceso penal, de modo que si se entiende como el mecanismo de tutela de la libertad del acusado, la mecánica estructural y funcional del proceso no debe ser nunca óbice para que esa libertad pueda ser entorpecida por cuestiones que pueden aparecer como formales. Cuando el acusado tiene la posibilidad de buscar un nuevo conocimiento de la causa, y cuando a ello puede añadirse la posibilidad de realizar prueba, es evidente que se sentirá más protegido y con

derecho a obtener la tutela efectiva con el contenido justo y certero que impone la ley.

En estrecha relación con lo anterior y desde una perspectiva distinta, surge la duda en torno a si el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, entre las que se integra la inmediación y contradicción, puede constituir un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación.

Para solucionar tal interrogante es interesante apreciar la evolución de la línea doctrinal mantenida por el **Tribunal Constitucional español** en esta materia, progresivamente determinada por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entendía el constitucional español -hasta 1997- que solo si en la apelación se practicaban nuevas pruebas, efectivamente el juez *ad quem* estaría obligado a respetar los principios de inmediación y contradicción; de lo contrario, que el juez que conoce del recurso de apelación tenga una discrepante valoración de la prueba y llegue, por lo tanto, a una decisión distinta de la alcanzada en primera instancia no suponía vulnerar tales exigencias, pues se trataba de órganos judiciales igualmente libres para valorar la prueba, con el resultado de que entre ambas valoraciones ha de imponerse siempre la del tribunal superior. En lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma y la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, comprendía el **Tribunal Constitucional**, que el juez *ad quem* se encuentra en idéntica situación que el juez *a quo* y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, y examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez *a quo*.

Tal concepción, según **Montón Redondo en Montero Aroca (2002)** mereció las críticas de un sector de la doctrina, que consideraba que no puede afirmarse con carácter absoluto que el órgano *ad quem*, así

mismo indica **Garberí Llobregat en Gimeno Sendra (1998)** que no ha presenciado por sí mismo la práctica de las pruebas en la primera instancia, está en las mismas condiciones que el órgano *a quo*, que si ha debido de estar presente en su práctica, por imperativos del principio de inmediación, para afrontar la tarea de llevar a cabo una nueva valoración de los resultados obtenidos con la práctica de dichos medios de prueba; toda vez que el primero habrá podido constatar por sí mismo, por ejemplo, las reacciones y comportamiento de testigos y peritos, su calma o nerviosismo ante determinadas preguntas, el estado de ánimo del acusado a la hora de efectuar sus declaraciones, etc., elementos todos ellos que se manifiestan de trascendental importancia en el instante en que debe valorarse, por ejemplo, la fiabilidad o no de un testimonio, o de un determinado informe pericial.

Bajo la influencia de la doctrina del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** y en lo que supone un cambio de postura, en el año 2002 el **Tribunal Constitucional español** reconoce que la noción de proceso justo o equitativo entraña, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, y que, en fase de apelación, la exigencia de esta garantía dependerá de las peculiaridades del procedimiento y la forma como se configura la jurisdicción de apelación.

Lo anterior supuso admitir determinados presupuestos. En primer lugar, que un Tribunal de apelación esta investido de plenitud de jurisdicción no significa siempre el derecho a una audiencia pública en segunda instancia. En segundo lugar, la publicidad constituye uno de los medios para preservar la confianza en los tribunales, pero sin perder de vista que el derecho a un juicio en un plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos son igualmente valores a tener en consideración. En tercer lugar, las posiciones del acusador y del acusado son especialmente diferentes en el proceso penal por imperativo

de la naturaleza de las cosas y del propio sistema jurídico vigente, de modo que el juez de apelación en el orden penal está situado siempre en una posición diferente según sea la naturaleza absolutoria o condenatoria de la parte dispositiva de la sentencia recurrida.

Las premisas anteriores llevan a concluir al ***Tribunal Constitucional español*** que la ausencia o falta de vista o debates públicos en la segunda instancia podrá justificarse en las características del procedimiento de que se trate, siempre y cuando se haya celebrado en la primera instancia y se trate de una apelación limitada a cuestiones de derecho y no a las de hecho. Distinta será la situación cuando el Tribunal de Apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho, como de derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado.

En esos casos, la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado, que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de Apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas. En consecuencia, la vista en la segunda instancia será necesaria cuando el núcleo de la apelación verse sobre la apreciación de la prueba, ámbito directamente afectado por los principios de inmediación y contradicción, y se trate de una sentencia condenatoria.

En este razonamiento cabe introducir un matiz. No todo medio probatorio precisa para su puesta en práctica de la presencia física del titular del órgano judicial. No será preciso, verbigracia, en la prueba documental o en los informes periciales, entendidos estos últimos en casos excepcionales como documentos. En esos casos, de recaer la discrepancia sobre lo consignado en dicho documento, no se vulnera la

inmediación porque sea valorado dicho documento por el superior. Distinta es la situación cuando se trata de las declaraciones del testigo, del acusado o del perito, que por esencia exigen inmediación y paralelamente contradicción real o potencial; en esos casos, solo podrá hacerse una nueva valoración si se cumplen tales exigencias.

Establecida la importancia que adquiere la apelación en el proceso penal, según **Garberí Llobregat en Gimeno Sendra (1998)** resulta necesario reconocer que cuando se habla del principio de la doble instancia, no se está haciendo referencia a un concepto unívoco, dado que, como se ha visto, el ámbito de la segunda instancia ha constituido un problema largamente debatido, que ha incidido en la concepción que de la apelación tiene cada ordenamiento. Una distinción en torno al ámbito de la apelación ha derivado en la clasificación de apelación plena y apelación limitada, con importantes repercusiones en la nueva fase procesal promovida por la apelación.

B. Recurso de casación

1. Concepto

Al respecto, **Calamandrei Piero (1945)** señala, que “el instituto de la Casación, tal como hoy lo encontramos en los Estados modernos, resulta de la unión de dos institutos, que recíprocamente se compenetran y se integran: de un instituto que forma parte del ordenamiento judicial – político, la Corte de Casación y, de otro instituto que pertenece al derecho procesal, el recurso de casación”, y agrega **Silva Vallejo (2009)** que “Corte de casación y recurso de casación constituyen, por tanto, un binomio cuyos términos no pueden ser aislados sin perder, el uno y el otro, gran parte de un significado; mientras los otros medios de impugnación, por ejemplo, la apelación, no están prescindiblemente conectados en su ejercicio a un determinado órgano judicial y puede, sin

perder su fisonomía, reservarse, según los casos a la competencia de los jueces de diverso orden, la corte de Casación tiene el monopolio excluido de juzgar sobre el recurso de nulidad de las sentencias (casación), y en el recurso de casación no se concibe sino como instrumento de este supremo órgano judicial, que sólo a través de las decisiones sobre este recurso puede ejercitar sus funciones”.

Así mismo, el profesor San Marquino **Silva Vallejo, José Antonio (2009)** indica que “la Casación tiene cuatro dimensiones: el recurso, la corte, el procedimiento y la función de casación, de índole hermenéutico política y de nomofilaquia jurídica”.

Según, **Talavera Elguera, Pablo (2004)**, el nuevo Código Procesal Penal ha previsto un recurso de casación como medio de impugnación extraordinario y por lo tanto sometido a restricciones para su concesión, pero esencialmente se ha configurado como una casación de interés de la ley (control de legalidad o función nomofiláctica) y en menor medida en interés casacional (cuando el fallo recurrido se aparta de la doctrina jurisprudencial). Esto último opera además cuando la Suprema Corte advierte que existe jurisprudencia de los tribunales de apelación que no tienen un criterio de interpretación uniforme sobre la ley penal o procesal penal”.

Por su parte, el profesor universitario y magistrado de la Corte Suprema **San Martín Castro, César (2003)**, siguiendo a **Gómez Orbaneja (1954)**, define el 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 limita, partiendo de los mismos hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción jurídica

causal de fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de éste, la regularidad del proceder que haya conducido a él.

Hinostroza Mínguez (2002) define al recurso de casación como aquel medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por la Ley y dirigido a lograr que el máximo tribunal (corte Suprema de Justicia) revise y reforme o anule las resoluciones expedidas en revisión por las Cortes Superiores (que pongan fin al proceso) que infringen las normas de derecho material, la doctrina jurisprudencial, las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

El Licenciado **Mejía Jerónimo citado por Layme Zapata Herward (s/a)**, menciona que el recurso de casación es un recurso extraordinario que con la finalidad de defender el derecho objetivo, de unificar la jurisprudencia nacional y de reparar el agravio de la parte afectada se interpone ante la sala segunda de la Corte Suprema de Justicia, para anular parcial o totalmente con o sin reenvío una resolución (sentencia o auto) de segunda instancia dictada por algún Tribunal Superior de distrito judicial a la que se le atribuye vicios de *in juridicidad*, ya sea por errores *in procedendo* o por errores *in judicando* mediante la invocación de las causales taxativamente establecidas por la ley.

Asimismo, **Torres Romero, Jorge Enrique citado por Layme Zapata Herward (s/a)**, define al recurso de casación como una acción extraordinaria y específica de impugnación, mediante la cual se pretende anular total o parcialmente una sentencia definitiva proferida por un tribunal superior, cuando contiene errores *in judicando* o *in procedendo*; acción impugnativa que es conocida por la Corte Suprema de Justicia que sólo procede por motivos taxativamente señalados por la ley procedimental.

Por otro lado, **Cáceres Roberto y Iparraguirre Ronald (2007)**, mencionan que la Casación, es un recurso devolutivo, que no constituye un juicio sobre el juicio, a decir de la doctrina más autorizada, es el juicio técnico de la impugnación valorativo, preciso, en orden a examinar determinado tipo de resoluciones dictadas por el tribunal superior, con vicio relativos al juzgamiento (casación por infracción de la ley) o al procedimiento (casación por quebrantamiento de forma), vale decir violación de la ley penal sustantiva o violación de la ley procesal, a fin de que se anulen dichas resoluciones.

Finalmente, en el **Manuel Operativo de la Academia de la Magistratura (2007)**, se estableció que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario, es decir que está sujeto a la exigencia del cumplimiento de un mayor número de requisitos, y tiene efecto devolutivo ya que la revisión de la resolución cuestionada, funcionalmente es de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema (superior jerárquico del órgano emisor de la resolución final cuestionada), tal como lo establece el artículo 141° de la Constitución Política del Estado.

A manera de conclusión se puede mencionar que cuando se habla de la casación se hace referencia tanto a un instituto procesal (recurso de casación), así como conjuntamente se alude a la Corte de Casación que lo decide y que se encuentra colocado en el vértice superior del sistema de organización de los tribunales judiciales, a fin de que sus fallos contengan vinculación para todos los órganos judiciales inferiores. Asimismo, se le puede definir como aquel medio de impugnación de carácter devolutivo y extraordinario, por cuyo motivo sometido a restricciones pues su concesión se encuentra limitado al cuestionamiento de ciertas clases de resoluciones judiciales previo cumplimiento integral de las formalidades señaladas por Ley, configurándose como una casación que tiene como finalidad esencial la de revisión y control de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia (control de

legalidad o función nomofiláctica) y la unificación de criterios jurisprudenciales, adicionando nuestra legislación la función de tutela de las garantías constitucionales.

2. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica afirma **Sánchez Velarde, Pablo (2004)**, en nuestros sistemas, ya no se puede hablar de ella como una acción impugnativa independiente, sino, de un simple recurso, resuelto por la Sala Especializada de la Corte Suprema y planteado por quien tiene interés directo así como se encuentre facultado legalmente para hacerlo.

Por nuestra parte, podemos afirmar que la casación penal es un medio de impugnación devolutiva y extraordinaria cuya resolución es de competencia jurisdiccional y constituye de último grado que se caracteriza por su tecnicismo o formalidad, así como limitado a ciertas resoluciones por las causales que la ley expresamente determina, que condiciona la decisión.

3. Características de la casación penal

San Martín Castro, César siguiendo a Moreno Catena (2003), señala que el recurso de casación se caracteriza por tres notas esenciales: 1) Se trata de un recurso jurisdiccional, de conocimiento de la Sala penal de la Corte Suprema. 2) Es un recurso extraordinario, desde que no cabe sino contra determinadas resoluciones y por motivos estrictamente tasados, regido además por un comprensible rigor formal. 3) No constituye una tercera instancia, ni una segunda apelación, porque, de un lado, el órgano de la casación no enjuicia en realidad sobre la pretensión 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.

Se ha llegado a identificar como características esenciales del recurso de casación, las siguientes:

a. Es un recurso extraordinario

No cabe duda sobre el carácter impugnativo que tiene la casación, así como que dentro de ese concepto genérico presenta la particularidad de recurso, reuniendo de esta forma los principios que rigen la actividad impugnativa, por cuyo motivo para su ejercicio se requiere de la noción de agravio (gravamen) como presupuesto subjetivo para la impugnación, está sujeto a un plazo para su formulación y sustentación, así como procede contra determinadas resoluciones taxativamente señaladas por la ley, es decir, de sentencias o autos que pongan fin al procedimiento dictadas en segunda instancia por la Sala de Apelaciones, o aquellos que extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, se apoya en causales taxativamente señaladas en la ley y se promueve ante un organismo especializado: la sala penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, **Sánchez Velarde, Pablo (2004)** señala, que es considerado extraordinario el recurso de casación, especialmente en el sentido de que significa una última ratio y su concesión es limitada. Y citando a **Vescovi (1998)**, precisa que se concede luego de agotados todos los demás recursos ordinarios.

Por otro lado, **Cáceres Roberto y Iparraguirre Ronald (2007)**, citando a **Gimeno Sendra y otros (2000)**, señalan que a pesar de lo reglamentarista que es el nuevo Código Procesal Penal, en lo concerniente a la casación, se establece una opción muy discrecional por

parte de la Corte Suprema, en donde además de los casos descritos en forma detallada por el presente artículo, el Supremo Tribunal, puede decidir de manera discrecional si el tema impugnado es casacional o no, ello con la única finalidad de fomentar el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Como vemos con esto se mitiga la naturaleza extraordinaria del recurso, debido a que el carácter tasado de los motivos ya no tiene la misma fuerza limitativa dado el cauce casacional determinado por la infracción de preceptos constitucionales, que abre la casación en la práctica a cualquier motivo, pues en materia penal y procesal penal prácticamente cualquier causa razonable de impugnación puede tener engarce en la Constitución. Por otra parte la limitación del conocimiento del tribunal a las cuestiones estrictamente planteadas se quiebra a través de la doctrina de la “voluntad impugnativa” que permite resolver cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por cauce inadecuado, pero que se entienden comprendidas tácitamente en la impugnación formulada.

Sin embargo, al respecto se debe mencionar que esta excepcionalidad, al carácter extraordinario del recurso de casación, se encuentra regulada en el inciso 4 del artículo 427° del Código Procesal Penal, y el cual sólo permite superar las exigencias concernientes al tipo de resolución recurrible y la “*summa poena*”, siendo por tal motivo exigible en todo los casos que los recursos de casación se sustenten necesariamente en cualquiera de las causales previstas en el artículo 429° del acotado Código, conforme lo dispone el inciso 3 del artículo 430° de la mencionada norma adjetiva, lo que significaría una suerte de certiorari atenuado.

b. Es un recurso limitado

La casación es un recurso extraordinario, que procede por causales taxativamente señaladas en la ley, por tal motivo resulta lógico

que el estudio del Tribunal Supremo de casación quede comprendido exclusivamente a las causales aducidas por el accionante (casacionista), sin que se pueda entrar a examinar de manera oficiosa otras causales que no fueron alegadas por el recurrente.

En el mismo sentido señala **Calamandrei Piero (1945)**, cuando concluye, que si se quiere respetar, por una parte, la estructura propia del juicio de casación, y, por otra, el principio de disposición, se debe considerar prohibido en todos los casos al juez de casación el poner de relieve los vicios de la sentencia impugnada no denunciados por el recurrente. Esta prohibición desaparecería si el recurso de casación fuese un medio de gravamen y el juicio de casación constituyese así una tercera instancia de la controversia de mérito.

Por razón de esta característica la Corte no sólo está vedada para reconocer causales de manera oficiosa, sino que, además, se encuentra inhibida para proceder a la complementación o rectificación de las omisiones, inconsistencias y defectos que se observen en la formalización de un recurso de casación, empero esta limitación de los poderes del tribunal de casación no opera de manera absoluta, toda vez que cuando se anula el fallo recurrido se convierte en tribunal de instancia y procede a dictar la resolución que corresponde.

Es por tal motivo, que se discrepa abiertamente con lo resuelto por la Corte Suprema, señalando *que “esta Suprema Sala en uso de su facultad de corrección, sólo admitió a trámite el recurso de casación por la causal de falta y manifiesta ilogicidad de la motivación”*, pues importa reconducir la causal invocada por el accionante, por la que el Colegiado Supremo considera correcto; y, en otra Ejecutoria Suprema, “en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por los tres motivos aunque precisó respecto del último, que no era de ilogicidad de motivación sino de falta de motivación”.

c. No es una tercera instancia

Cuando la sentencia es proferida por un juez *A Quo* es apelada la interposición y concesión de esta específica impugnación da lugar a la segunda instancia del proceso, en la cual el juez *Ad Quem*, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional propia, revisa el proceso para pronunciar un fallo mediante el cual revoca, reforma o confirma lo apelado. Con este pronunciamiento se agota la garantía constitucional de la instancia plural, es así, que el artículo 11° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada, con lo que queda claro que cuando la Corte Suprema actúa en sede casación no lo hace como instancia de mérito y por ende carece de facultad de reexaminar el juicio de hechos en virtud a la valoración de los medios probatorios actuados, y en el mismo sentido nuestra Corte Suprema lo señaló en la *Casación N° 41-2008* del treinta de enero de 2009, reiterándolo posteriormente esta característica en varias sentencias casatorias, señalando “el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrado en la *quaestio iuris*, y luego, **“positiva y doctrinariamente el recurso de casación, por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia, por tratarse de un medio impugnatorio de carácter extraordinario con motivos tasados que tiene caracteres que están determinados en la ley y han merecido una serie de disquisiciones en el campo de la doctrina”**.

Por tal motivo, dicho fallo de apelación puede ser combatido haciendo uso del recurso extraordinario de casación, por medio del cual la Corte Suprema, lo revisa para verificar si violenta o no la ley sustancial o, en su caso, normas procesales sancionadas con nulidad o alguna garantía constitucional (cognición limitada), pero ello, no debe entenderse como una tercera instancia, ni como potestad ilimitada para revisar el

proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo.

d. Es un recurso dispositivo

Supone que el recurso de casación sólo puede ser promovida por la parte procesal que se considera afectada con la resolución recurrida y sólo tienen competencia la Corte para conocer de los errores señalados por la parte mediante causales debidamente señaladas en la Ley.

e. Es un recurso no suspensivo

El recurso de casación penal nacional es un recurso devolutivo y, a diferencia del ordenamiento procesal civil, no suspensivo. En efecto, ese recurso es de conocimiento de un órgano superior al que dictó la sentencia o auto de vista, específicamente la Sala Penal de la Corte Suprema (artículo 427° y 428° del Código Procesal Penal). En cuanto al efecto suspensivo, el artículo 412° del Código Procesal Penal prescribe que la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, salvo disposición contraria de la Ley; y estando a que en la sección dedicada al recurso de casación no se prevé ningún caso que suponga un determinado efecto suspensivo, debe entenderse como reglas que el recurso de casación no es suspensivo.

4. Fines de la casación

Consideramos que la más relevante doctrina sobre el tema le asigna a la casación penal tres finalidades esenciales:

- a. La función nomofiláctica o control de legalidad**, que supone la competencia de la Corte Suprema de verificar que los órganos jurisdiccionales inferiores efectúen una correcta interpretación y

aplicación de la ley a los fallos judiciales, sean estas de carácter sustantivo o adjetiva en materia penal: con esta finalidad se busca seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

- b. La función unificadora**, a través de la unificación de la jurisprudencia nacional con efectos vinculantes a fin de obtener una justicia más predecible y menos arbitraria. Asimismo, persigue que se garantice la certeza y seguridad jurídica, el interés social y la permanencia del postulado igualitario.

- c. En menor medida garantiza la tutela de garantías constitucionales**, sean estas de carácter procesal (lógica en la motivación, debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, entre otros) o sustantiva (principio de legalidad, derecho a la intimidad).

Según **San Martín Castro (2003)**, la casación tiene una finalidad eminentemente defensora del *ius constitutionis*, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica, que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y b) la unificación uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Y citando a **Martínez Arrieta, Andrés (1993)**, agrega que la casación contemporáneamente se configura como un recurso que desarrolla su actuación para asegurar la interdicción de la arbitrariedad, tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como en la unificación de la interpretación penal y procesal. Los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica se concretan a través de la finalidad de la casación, de garantizar la unidad de la aplicación de la ley y hacer justicia en el caso concreto, instituyéndose de este modo en un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad.

A decir de *Hinojosa Segovia, citado por Roberto Cáceres y Ronald Iparraguirre (2007)*, son dos los fines primordiales de la casación: la revisión o control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia (función nomofiláctica) y la unificación de criterios jurisprudenciales. A esta doble función clásica se ha añadido una tercera: la de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales. Para luego concluir, que en definitiva lo que se busca con este recurso es que, se garantice el valor seguridad jurídica y la unidad en la aplicación judicial del derecho y la tutela de los derechos materiales y procesales de carácter constitucional frente a las lesiones que puede causar el juez en su labor diaria. Es decir que se proteja la integridad de los derechos fundamentales.

5. Presupuestos de la casación penal

a. Generalidades

Los presupuestos procesales del recurso de casación, se encuentran divididos en dos partes, las que serán denominadas presupuestos objetivos y subjetivos.

1) Presupuestos Subjetivos

Siguiendo a *San Martín Castro (2003)*, los presupuestos subjetivos de los recursos están constituidos (i) por el agravio, gravamen o interés directo y (ii) el carácter de parte.

- a. Por agravio**, debemos entender como el perjuicio o gravamen sufrido con la resolución que (se) pretende cuestionar (principio de trascendencia), presupuesto que se encuentra regulado en el literal a) del inciso uno del artículo 405° del Código Procesal Penal, al establecer como requisito de admisión de los recursos

impugnatorios, que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución. Incluso se reconoce al abogado defensor la posibilidad de recurrir directamente a favor de su patrocinado, de igual modo el representante del Ministerio Público puede impugnar a favor de éste.

Por su parte, **Ortells Ramos (1994)** citado por **San Martín Castro (2003)** señala que el gravamen es cualquier diferencia en perjuicio entre lo pretendido o lo admitido y reconocido previamente por la parte y lo concedido por la resolución.

Incluso, consideramos que existe perjuicio, en el caso de la declaración de reserva de unos acusados ausentes en una sentencia que además absuelve o condena a otros imputados, pues esta reserva supone la presencia de elementos de prueba de cargo que impide declararlo en ese acto procesal su inocencia, aunado al hecho que esta circunstancia también implicaría la vigencia de una orden de detención en su contra, lo que le privaría de su libertad.

Al respecto, nuestra **Corte Suprema** en reiterado pronunciamiento indicó que este requisito es un presupuesto subjetivo, señalando que “se cumple el presupuesto subjetivo pues se cuestionó el pronunciamiento de primera instancia, y sin duda el auto de vista lo agravia al declarar la culpabilidad del agente e incrementar la pena impuesta por el Juzgado”. Asimismo, en otro de sus pronunciamientos mencionó “se cumple el presupuesto subjetivo pues cuestionó la sentencia de primera instancia y, sin duda, la sentencia de vista lo agravia al desestimar su pretensión impugnativa absolutoria”.

b. Carácter de parte, reconocida por nuestra novísima legislación procesal penal en su artículo 404° inciso 2, en cuya norma queda claro que sólo podrá recurrir quien tiene la condición de sujeto procesal (principio dispositivo). Al respecto, adiciona **Roxin (2000)**, es posible aceptar legitimación a quienes no siendo partes puedan ser afectadas indirectamente por una resolución judicial, que es el caso de los intervinientes accesorios (v. gr.: decomiso de un bien - también afectados con la medida de embargo-, testigos lesionados por un auto judicial -es el caso de una medida de impedimento de salida o de una orden de presentación de un documento-).

Además, cabe realizar las siguientes precisiones:

El Ministerio Público, en su calidad de titular de la acción penal (persecutor del delito) y tutelador de los derechos fundamentales, se encuentra autorizado a impugnar no sólo las resoluciones que impidan la persecución del delito o denieguen sus solicitudes, sino también a favor del reo, en función a su rol de defensor de la legalidad.

El abogado defensor puede recurrir a favor de su patrocinado.

Sobre el particular, nuestro **Supremo Tribunal**, declarando fundada la queja de casación formulada por el Actor Civil ante la denegatoria de su recurso de casación, señaló que “la Sala Penal de Apelaciones inadmitió el recurso de casación promovido por dos razones: i) porque el Actor Civil no tiene facultad para recurrir en casación una sentencia absolutoria; que, sin embargo, el literal d) del inciso uno del artículo noventa y cinco del Código Procesal Penal señala expresamente que el agraviado -en el presente caso, constituido en Actor Civil- tiene derecho a impugnar tanto las resoluciones que disponen sobreseimiento de la causa como las sentencias absolutorias, en tanto que el artículo

ciento cuatro del aludido texto legal establece las facultades del Actor Civil, sin perjuicio de los derechos que se le reconocen al agraviado”.

2) Presupuestos Objetivos

Igualmente, siguiendo el esquema del mismo autor nacional **San Martín Castro (2003)**, los presupuestos objetivos de los recursos está constituido por el acto impugnado y la formalidad, en ese sentido desarrollaremos a continuación cada presupuesto objetivo exigible para la formulación del recurso de casación, cuya inobservancia generará que se declare inadmisibile.

a) Acto impugnado

Este presupuesto objetivo está constituido por las resoluciones recurribles en casación prevista en el artículo 427° del Código Procesal Penal, las que deben concurrir copulativamente:

- Un primer sub presupuesto, consiste en que se traten de resoluciones judiciales (autos y sentencias) expedidas en apelación por las Salas Penales Superiores.
- Un segundo sub presupuesto, estriba en que procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena.

La Corte Suprema de Justicia de la República, desarrollando este presupuesto objetivo, sostuvo que “un presupuesto objetivo del recurso es que esté referido a resoluciones impugnables en casación, en este sentido se debe precisar que es materia de recurso un auto expedido en apelación por la Sala Superior Penal que declara infundada la solicitud de tutela de derecho con ocasión de las diligencias preliminares, por la

presunta comisión del delito de tráfico de mercancías prohibidas en agravio del Estado; que siendo así, es evidente que no se trata de una resolución que pone fin al procedimiento penal, el cual ni siquiera ha iniciado formalmente, por lo que tampoco causa un perjuicio irreparable pues no resuelve sobre el objeto procesal”, en este sentido, cabe concluir que las decisiones judiciales derivados de una investigación preliminar no cumple con la exigencia del acto impugnabile, por consiguiente no resulta casable. Igualmente, se determinó que no se encuentra dentro de los supuestos objetivos de admisibilidad de la casación, el auto dictado por la Sala Superior “que declara inadmisibile su recurso de apelación”.

Siguiendo esta línea de análisis, también se mencionó que no es un acto impugnabile en casación “la resolución cuestionada que declara nula la sentencia apelada y ordena se realice un nuevo juicio oral, no es un auto que extinga la acción o ponga fin al procedimiento o a la instancia”, así como la resolución que “declaró inadmisibile la recusación planteada por el señor abogado defensor del recurrente; [pues] no cumple con las exigencias legales establecidas en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal”.

Este catálogo de material casable se encuentra aún más restringido, pues si hablamos de autos que pongan fin al procedimiento y sentencias definitivas, se requiere que el delito imputado más grave para el primer supuesto y el delito más grave a que se refiere la acusación escrita para el segundo, tengan señalado en la Ley una pena privativa de libertad mayor a seis años, en su extremo mínimo. En el caso de sentencias que impongan medidas de seguridad resulta casable si la medida impuesta es la de internación, y si el cuestionamiento a través del recurso de casación se refiere al quantum de la reparación civil, ésta será admisible si el monto fijado en la sentencia de primera o segunda instancia supera las cincuenta URP o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.

Por su parte, nuestra Jurisprudencia, señala que este gravamen (*summa poena*) constituye un presupuesto objetivo del recurso de casación, y al examinar un caso concreto, sobre el particular precisó, que la “sentencia de vista que confirma la de primera instancia [que] lo condena como autor del delito de tráfico ilícito de drogas –artículo doscientos noventa y seis, primer párrafo- cumple el presupuesto objetivo del recurso comprendida en el literal b) del inciso dos del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal”; y negando la presencia de este presupuesto en otro caso, indicó “el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal establece para el peculado doloso pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de ocho años, que, por consiguiente, como el extremo mínimo de dicho tipo legal no supera los seis años de pena privativa de libertad, dicha sentencia no es susceptible de recurso de casación, situación que impide apreciar los demás presupuestos de admisibilidad, y en otro caso “no concurre el presupuesto procesal objetivo para la viabilidad del referido medio impugnatorio estatuido en el literal b) del apartado dos del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, debido a que la sanción abstracta, en el extremo mínimo del delito de hurto agravado previsto en el inciso tres del segundo párrafo del artículo ciento ochenta y seis del Código Penal, no supera los seis años exigidos legalmente.

- **Desarrollo de la doctrina jurisprudencial**

Sin embargo, excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los mencionados en el artículo 427° incisos 1 al 3, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; y, que a decir de **Cáceres Roberto y Iparraguirre Ronald (2007)**, citando a **Gimeno Sendra y otros (2000)**, es una opción muy discrecional por parte de la Corte Suprema, en donde además de los casos descritos en forma detallada por el presente artículo (acto casable), el Supremo Tribunal,

puede decidir de manera discrecional si el tema impugnado es casacional o no, ello con la única finalidad de fomentar el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Como vemos con esto se mitiga la naturaleza extraordinaria del recurso, debido a que el carácter tasado de los motivos ya no tiene la misma fuerza limitativa dado el cauce casacional determinado por la infracción de preceptos constitucionales, que abre la casación en la práctica a cualquier motivo, pues en materia penal y procesal penal prácticamente cualquier causa razonable de impugnación puede tener engarce en la Constitución. Por otra parte la limitación del conocimiento del tribunal a las cuestiones estrictamente planteadas se quiebra a través de la doctrina de la “voluntad impugnativa” que permite resolver cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por cauce inadecuado, pero que se entienden comprendidas tácitamente en la impugnación formulada.

También debemos mencionar que esta excepcionalidad, al carácter extraordinario del recurso de casación, se encuentra regulada en el inciso 4 del artículo 427° del Código Procesal Penal, y el cual sólo permite superar las exigencias concernientes al tipo de resolución recurrible (acto casable) y al presupuesto objetivo de la “*summa poena*” (gravamen), siendo por tal motivo exigible en todo los casos que los recursos de casación se sustenten necesariamente en cualquiera de las causales previstas en el artículo 429° del acotado Código, conforme lo dispone el inciso 3 del artículo 430° de la mencionada norma adjetiva, lo que significaría una suerte de certiorari atenuado.

Al respecto **La Corte Suprema** mencionó que “el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal permite que, excepcionalmente, pueda aceptarse el recurso de casación fuera de las resoluciones que enumeran los apartados anteriores del citado artículo, ello está sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y

puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende, con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal”. Es así, que negando la viabilidad del recurso de casación para efectos del desarrollo de la doctrina jurisprudencial (principios jurisprudenciales), por la inconcurrencia de la integridad de los presupuestos exigidos, precisando “no cumplió con consignar adicional y puntualmente las razones fácticas y jurídicas que justificarían el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por este Supremo Tribunal con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta de la citada norma adjetiva penal, pues, sólo se limitó a realizar un análisis del artículo ciento noventa y dos del Código Tributario, desde una óptica legal y dogmática, y en otro caso, que omitió consignar adicional y puntualmente las razones fácticas y jurídicas que justificarían el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

La Corte Suprema siguiendo estos criterios para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, estableció en otra de sus resoluciones que “los fundamentos anteriores (expuestos por el recurrente) justificarían inadmitir el recurso de casación planteado, sin embargo es del caso hacer uso de la facultad que autoriza el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, en tanto que se trata de fijar un criterio interpretativo de carácter general acerca de las relaciones y posibilidades procesales resultantes entre la detención -como medida provisionálsima- y la prisión preventiva -como medida provisional más estable-, ambas de marcada relevancia constitucional al estar complicado el derecho a la libertad personal”, también en esta resolución precisa que “no obstante ello, en función al carácter tasado de los motivos de casación es de precisar que el cauce procesal que corresponde al caso sub materia es el previsto por el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del Código Procesal Penal”. Sin embargo, discrepamos con esta Ejecutoria, en lo concerniente a la asunción de la concepción de la denominada “*Voluntad Impugnativa*”, que posibilita al Tribunal Supremo

variar la causal invocada por el recurrente por el que considera correcto, pues ello supone quebrantar la naturaleza misma del recurso de casación (extraordinaria, limitada, dispositivo y que no es una tercera instancia), y que como mencionamos anteladamente, por las características que conlleva este medio impugnatorio el estudio del Tribunal Supremo de casación está comprendido exclusivamente a las causales aducidas por el accionante (casacionista), sin que se pueda entrar a examinar de manera oficiosa otras causales que no fueron alegadas por el recurrente.

En el mismo sentido señala ***Calamandrei Piero (1945)***, cuando concluye, que si se quiere respetar, por una parte, la estructura propia del juicio de casación, y, por otra, el principio de disposición, se debe considerar prohibido en todos los casos al juez de casación el poner de relieve los vicios de la sentencia impugnada no denunciados por el recurrente. Esta prohibición desaparecería si el recurso de casación fuese un medio de gravamen y el juicio de casación constituyese así una tercera instancia de la controversia de mérito.

b) La formalidad.

Este presupuesto objetivo permite entender que el medio impugnatorio extraordinario de casación se encuentra sujeta al cumplimiento estricto de diversas formalidades, las que se encuentran constituidas por las siguientes:

- Conforme lo dispone el literal b) del inciso 1 del artículo 405° del Código Procesal Penal, el recurso de casación debe ser presentado por escrito,
- El recurso de casación debe formularse en el plazo de 10 días computados desde el día siguiente a la notificación de la resolución cuestionada, conforme lo dispone el inciso 1 literal a) e inciso 2 del artículo 414° del Código Procesal Penal. En el caso que se haya

recurrido oralmente contra una resolución final expedida en audiencia, este medio impugnatorio deberá formalizarse por escrito en el plazo de 5 días de acuerdo al inciso 2 del artículo 405° del Código Procesal Penal.

- El escrito debe estar debidamente fundamentado, debiendo contener además de la pretensión impugnatoria correspondiente la indicación precisa y por separado, de la causal o causales previstas en el artículo 429° del Código Procesal Penal, en que sustenta su recurso de casación, señalando, según sea el caso, los preceptos legales que considere erróneamente aplicados (indebida aplicación, falta de aplicación o errónea interpretación) o inobservados (garantías constitucionales o normas legales), haciendo mención a los fundamentos doctrinales o legales que sustenten su pretensión, señalando cuál es la aplicación que pretende. En este mismo sentido, resolvió nuestra **Corte Suprema**, al precisar que “el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal precisa las causales que determinan el recurso de casación -en tanto impugnación extraordinaria- y a su vez el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta de la citada norma prescribe no sólo que se precise las partes de la decisión a las que se refiere la impugnación, se detallen los fundamentos -tanto de hecho como de derecho- que lo sustenten y se concluya formulando una pretensión concreta, sino también que se mencione separadamente cada causal casatoria invocada, se cite concretamente los preceptos legales erróneamente aplicados o inobservados, se precise el fundamento o fundamentos doctrinales y legales y se exprese específicamente cuál es la aplicación que se pretende”.
- Para que resulte viable el recurso de casación, el impugnante no debe haber consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si esta fuere confirmada por la resolución objeto de cuestionamiento en casación; o, si invoca violaciones de la Ley

que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.

- Asimismo, para la admisibilidad del recurso de casación es necesario que no se hubiera desestimado en el fondo otros recursos sustanciales iguales y de ser el caso, el recurrente debe dar argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial.

6. Causales del recurso de casación

Sobre el particular, el legislador no efectuó una adecuada clasificación, pues respecto del cual sólo la distinguió en causales sustantivas y adjetivas. En el mismo sentido **San Martín Castro (2003)** señala que dos son las clases o modalidades de recurso de casación que permite la ley. Se trata del recurso de casación formal, o por quebrantamiento de forma, y del recurso de casación de fondo, por infracción de la ley material.

Por su parte, **Carrión Lugo, Jorge (2003)** señala que el tema de las causales con cuya invocación se puede interponer el recurso de casación es de gran importancia e interés. Así como cita a **De La Plaza, Manuel (s/a)**, quien indica sobre este punto “no importa tanto conocer el procedimiento de casación, asequible, por lo general, sin otro trabajo que el de leer los preceptos legales, como profundizar en el sentido de esos motivos, en cuya recta inteligencia se cifra, casi siempre, el éxito del recurso”. En efecto, cuando nos referimos a las causales de casación, estamos hablando de las motivaciones que se pueden esgrimir para formular el recurso. En la determinación de la causales todas las legislaciones que la regulan, explícita o implícitamente, las agrupan en dos: que a decir de **Calamandrei (1945)** son la casación por vicios de juicio y por vicios de actividad, el primero denominado también error *in iudicando* (infracción de la ley material) se encuentra relacionado con el

derecho material o sustancial penal, y el segundo error *in procedendo* (quebrantamiento de forma) teniendo que ver con el derecho procesal o formal. No obstante, nuestra legislación también reconocen causales referentes al control de logicidad en la motivación y por inobservancia de garantías constitucionales sean de carácter procesal (derecho de defensa, presunción de inocencia, debido proceso, etc.) o material (la libertad, inviolabilidad de domicilio, la vida, etc.).

Por tal motivo, al tener el carácter de extraordinario el recurso de casación, y por ello sumamente formalista, deben cumplirse la integridad de los presupuestos exigibles, dentro de los cuales se encuentra las causales, las que conforme lo dispone el artículo 429° del Código Procesal Penal resultan ser las siguientes:

- La sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
- La sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
- Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
- Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Estas causales de casación reconocidas por la nueva legislación procesal penal de 2004, como se mencionó inicialmente pueden

clasificarse: i) por motivos de quebrantamiento de forma (*error in procedendo*) y, ii) por infracción de la ley material (*error in iudicando*); por consiguiente, seguidamente desarrollaremos cada causal atendiendo a este esquema postulado por la Jurisprudencia y la doctrina.

a. Causal por quebrantamiento de forma

Las causales de casación en la Forma hacen referencia a los casos de errores "*in procedendo*" que pueden ocasionarse en cualquiera de las fases procesales, es decir dentro de la Fase de la investigación preparatoria, en la Fase Intermedia, en la Fase de Juzgamiento o en la dictación de la Resolución Judicial que corresponda.

El artículo 429° del Código Procesal Penal de 2004, en sus incisos 1, 2 y 4, señalan taxativamente los motivos de interés casacional de quebrantamiento de forma, que suponen la infracción de normas procesales de carácter constitucional o legal sancionadas con nulidad, así como por una indebida motivación, y que según **San Martín Castro (2003)** pueden ser apreciables desde dos perspectivas: i) durante la tramitación del procedimiento. Y ii) al momento de dictar la resolución (auto o sentencia).

Cabe agregar según **De Guerra Villalaz (s/a)** que estas causales obedecen a la necesidad de "atacar con un instrumento idóneo los vicios de actividad o de errores de construcción cometidos a lo largo del proceso por los sujetos procesales; ya sea porque se ejecuta o aplica lo que está prohibido de manera expresa por la ley procesal".

Siguiendo esta misma línea, nuestro **Supremo Tribunal** precisó que "la denominada "casación formal o por quebrantamiento de forma" está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento, o la estructura y ámbito de

las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes”.

1) vicios de procedimiento.

Dentro de las causas de procedimiento encontramos únicamente cuando exista inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad prevista en el inciso 2 del artículo 429° del Código Procesal Penal.

Esta es una típica causal adjetiva que consiste en la inobservancia de una norma procesal, y que la misma acarree la nulidad del acto. Esta sanción de nulidad debe encontrarse taxativamente señalado en la ley procesal y con el carácter de absoluto o insubsanable, o debe encontrarse regulada en el artículo 149° o 150° del Código Procesal Penal, cuyas causales resultan de nulidad absoluta.

Constituyen estas causales de nulidad absoluta prevista en el artículo 150° del aludido Código, los actos procesales que se desarrollan con defectos concernientes: a) a la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de un defensor en los casos en que es obligatoria su presencia, b) al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas, c) a la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria, y d) a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías de carácter procesal previstos por la Constitución.

b. Causales por defecto de la resolución cuestionada con el recurso de casación.

Tenemos los siguientes motivos en que puede incurrir la resolución cuestionada (sentencia o auto): a) haya sido expedida con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal, b) incurrida en una indebida o errónea aplicación de las garantías constitucionales de carácter procesal, c) la resolución incurre en inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, d) falta de motivación, y e) ilogicidad en la motivación.

- a) Se entiende por inobservancia de algunas de la garantías constitucionales de carácter procesal (inciso 1 artículo 429° del CPP), en rigor, aquí debe entenderse que se hace referencia a las normas constitucionales y a las normas que configuran una función jurisdiccional garantista y que se hallan recogidas en el artículo 139° de la carta magna. La vulneración a las mismas constituye causal para la interposición del recurso de casación.

No obstante lo señalado, cabe indicar que cuando se habla de garantías constitucionales, estas se reducen en dos garantías genéricas, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, en la cuales se encuentran contenidas la diversidad de garantías procesales reconocidas en la citada norma constitucional.

Sin embargo, siguiendo a **Carrión Lugo, Jorge (2003)**, debemos señalar que “no entendemos porqué se consigna que la inobservancia sólo debe referirse a ‘algunas garantías’, sin precisar a cuáles de ellas se refiere o qué criterio se debe seguir para determinarlas. Lo correcto sería suprimir la palabra ‘algunas’, para de ese modo tengan cabida todas las garantías”, reconocidas constitucionalmente.

La **Corte Suprema de Justicia**, desarrollando esta causal, consistente a la infracción de la garantía constitucional de la motivación, indicó que se encuentra lo que “califica de (motivación insuficiente) [se presentaría cuando se vulnera el principio lógico de razón suficiente, esto es, cuando no se cumple una de las dos condiciones necesarias para su existencia: (a) la referencia al material probatorio en que se fundan las conclusiones del fallo con descripción de los elementos de prueba correspondientes -se utilizan formularios o frases rutinarias, se hace un simple relato de los hechos imputados sin base material en la causa, o se mencionan relatos insustanciales-, o (b) no se incorpora o expresa la ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporan en la sentencia], distinta al supuesto de motivación inexistente o vacía, que es uno de los ámbitos expresamente reconocidos del motivo de casación establecido en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del vigente estatuto procesal; que en rigor, el impugnante denuncia que la sentencia de vista confirmó la condena en su contra sin expresar íntegramente el proceso mental que podría justificarla -se referiría al material probatorio que funda la confirmación del fallo de primera instancia-”. Criterio que lo reiteró, señalando que “desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de razón suficiente debe cumplir dos requisitos: a) consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante [basados en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos] -requisito descriptivo-; y, b) valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo -requisito intelectual-”, garantía constitucional que se encuentra regulada en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución.

En otro de sus pronunciamientos, la **Corte Suprema** desarrolló la garantía constitucional concerniente al derecho de defensa, mencionando que “aun cuando es posible deducir que lo que invoca el imputado es la causal de infracción de precepto constitucional de carácter procesal, reconocida en el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, no ha expuesto el fundamento específico en función a sus alcances normativos predeterminados; que no sólo no indicó nada en particular respecto a la infracción al derecho o garantía de defensa procesal -previsto en el numeral catorce del artículo ciento treinta y nueve de la constitución y desarrollada legalmente, en cuanto a los elementos que lo integran, en el artículo noveno del Título Preliminar del Código Procesal Penal-”, agrega en la misma Ejecutoria Suprema, señalando “respecto a la garantía del derecho a la presunción de inocencia -que es una garantía distinta del debido proceso, cuya concreción constitucional está en el literal e) del numeral veinticuatro del artículo dos de la Constitución y sus elementos esenciales han sido definidos en el artículo segundo del Título Preliminar del Código Procesal Penal- no ha identificado el aspecto o ámbito de ese derecho fundamental que se ha vulnerado a los efectos de su control constitucional en vía casatoria, y más bien, confundiendo los alcances de la casación, pretende que este Supremo Tribunal realice un análisis independiente de los medios de prueba personales -que no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediatez que rigen la actividad probatoria-”.

El **Supremo Tribunal de Casación** ampliando el desarrollo acerca del contenido esencial de la garantía constitucional de la presunción de inocencia, e identificando que aspectos resulta revisable por vía de casación sobre el particular, mencionó que “uno de los elementos que integra el contenido esencial de la

presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, primero, que las pruebas -así consideradas por la ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio”. En este mismo pronunciamiento, se precisó que “Corresponde a los Tribunales de Mérito -de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de los actuados en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio. En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior”.

Este criterio jurisprudencial fue reiterado íntegramente en otra de sus Sentencias Casatorias, donde además precisó que “la garantía de la presunción de inocencia, (se encuentra) concretado en las reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba. Esas reglas, junto con otras, han sido expresamente consagradas como integrantes de la presunción de inocencia en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal. En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias y éstos son legítimas, la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas -tal como la ley prevé-, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior, salvo que ésta vulnere groseramente

las reglas de la ciencia o de la técnica o infrinjan las normas de pensamiento, de la lógica o de la sana crítica”.

- b) Incurra en una indebida o errónea aplicación de las garantías constitucionales de carácter procesal (inciso 1 artículo 429° del CPP). Al respecto, debemos mencionar que la indebida aplicación de una garantía constitucional importa la aplicación de una garantía impertinente y no la que jurídicamente corresponda; por su parte, errónea aplicación supone que se aplica una garantía que no le corresponde.

En este sentido, podemos ejemplificar en el caso de errónea aplicación, cuando la justicia nacional ordinaria declara la prescripción de un delito cometido “contra la humanidad” (tortura, asesinato, entre otros), cuando la Corte Interamericana de Derecho Humanos, interpretando la Convención Americana de Derecho Humanos, concluyó que esta clase de delitos resultan imprescriptible, tampoco procede la amnistía.

- c) La resolución que incurre en inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad (inciso 2 artículo 429° del CPP). Dentro de las causas de procedimiento encontramos únicamente cuando exista inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

Al igual que el desarrollo realizado respecto al vicio de procedimiento, consiste en la inobservancia de una norma procesal, y que la misma acarree la nulidad del acto. Esta sanción de nulidad debe encontrarse taxativamente señalado en la ley procesal y con el carácter de absoluto o insubsanable, o debe encontrarse regulada en el artículo 149° o 150° del Código

Procesal Penal, cuyos vicios procesales resultan de nulidad absoluta.

Asimismo, se configuraría esta causal, cuando se habla de la interpretación errónea o indebida aplicación de una norma procesal, siempre y cuando que esta deficiencia se encuentre sancionada con nulidad.

Al respecto nuestro **Supremo Tribunal**, resolviendo un caso concreto, mencionó “la última vulneración denunciada no tiene carácter procesal, pues el artículo ciento treinta y nueve apartado once de la Constitución se refiere a la aplicación favorable de leyes penales materiales en caso de duda o conflicto (*in dubio mitius*), no a los supuestos de duda acerca de la responsabilidad penal”.

- d) Falta de motivación de la resolución, cuando el vicio resulte de su propio tenor (inciso 4 artículo 429° del CPP). Al respecto la **Sala Penal Permanente de la Corte Suprema** precisó que “significa que para su análisis no se ha de acudir a un acto procesal distinto de la propia sentencia, y que su examen comprenderá el propio mérito o contenido de la misma”.

Asimismo, se indicó que la motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y que atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente -más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión- las razones de un concreto pronunciamiento, en qué se apoya para adoptar su decisión -no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicos alegados por la parte, pero sí que desarrolle una argumentación racional ajustada al tema en debate.

También se configura esta causal, cuando se incurre en incongruencia omisiva, lo que importa poner en evidencia la violación al principio de exhaustividad de los fallos, esto es la “sentencia no resolvió todo los puntos esenciales que fueron objeto de la acusación, o que estaban contenido en los alegatos del Abogado Defensor o en la auto defensa del procesado”. Adiciona **San Martín Castro (2003)** siguiendo a **De La Oliva Santos (1997)**, “el principio en virtud del cual nada dotado de entidad acusadora o defensiva debe quedar sin respuesta y no, desde luego, que a todas las cuestiones suscitadas por las parte haya de responder el tribunal, con el mismo orden, en parecidos términos y con similar extensión de los de esas cuestiones. Ello importa asumir, en primer lugar, que la motivación está estrechamente ligada a la exhaustividad y, por tanto, que cada punto o cuestión planteada debe fundamentarse como corresponde; y en segundo lugar, que la omisión de un pronunciamiento determinado, que, sin embargo, se encuentra formulado en un considerando anterior, obliga a considerar que la parte dispositiva de la sentencia está integra con aquél.

- e) Ilogicidad en la motivación, cuando vicio resulte de su propio tenor (inciso 4, artículo 429° del CPP). A la falta de logicidad en la construcción de las sentencias se le denomina también como vicio *in cogitando*, y en tanto y en cuanto está íntimamente vinculado a la obligación constitucional que tienen los jueces de motivación adecuadamente sus decisiones, conceptuamos que se trata de una causal adjetiva.

Para **Carrión Lugo, Jorge (2003)**, esta causal significó una innovación saludable en el campo procesal en general. Por ejemplo, la falta de congruencia entre la parte considerativa y la parte resolutive de una sentencia es atentatoria de las reglas de la

lógica jurídica que deben observarse en todas las resoluciones judiciales. Este supuesto válidamente podría esgrimirse para cuestionar en casación una resolución judicial. Si bien la estimación valorativa de la prueba y las conclusiones fácticas de la sentencia son privativas del tribunal de mérito, derivado de su poder de discreción, empero, bajo el control de logicidad de la resolución se examinaría perfectamente la aplicación u observancia del sistema de valoración probatoria establecido por la ley vigente en el país, que naturalmente está sujeta a reglas lógicas.

Al respecto, la **Sala Penal Permanente de la Corte Suprema** precisó que una de las finalidades de la casación es “el control de logicidad en la motivación de las resoluciones judiciales, que pueden resumirse en lo siguiente: en falta de motivación, deficiente motivación, insuficiente motivación, aparente motivación y la incongruencia entre la parte considerativa y la parte decisoria”. Sin embargo, debemos precisar, como ya lo mencionamos, que la insuficiente y aparente motivación resultan invocables como causal de casación contenida en el marco normativo previsto en el inciso uno del artículo 429° del Código Procesal Penal.

Por otro lado, la **Corte Suprema** mencionó “que el recurso de casación por su naturaleza, no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrándose en la *quaestio iuris*; por lo demás, la casación por manifiesta ilogicidad en la motivación está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cometió algún error en su razonamiento o viola la reglas de la lógica, de modo que esta causa está directamente vinculada a la tutela del derecho y a la motivación de las resoluciones judiciales”.

Igualmente, siguiendo a **San Martín Castro (2003)**, es posible cuestionar por esta causa, “la contradicción de los supuestos

fácticos, que supone que en la sentencia se emplea en el extremo referido a los hechos probados, términos o frases que por ser antitéticos resultan incompatibles al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos. Agrega, que seis son los motivos, a juicio de **Martínez Arrieta (1993)**, para que la contradicción pueda ameritar que la Sala Penal Suprema ampare este motivo: i) que sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de las palabras, ii) que sea insubsanable dentro del contexto del hecho probado, iii) que sea interna del hecho probado, analizando directa e inmediatamente los términos en que aparece redactado el hecho probado, iv) que sea completa, afectando la incompatibilidad a los hechos y a sus circunstancias, v) que sea causal al fallo, determinante de una incongruencia como consecuencia de la relación directa que ha de existir entre el hecho probado y el fallo de la sentencia, y vi) que se produzca respecto a algún apartado que sea relevante a la calificación jurídica”.

Aparte, también resulta factible postular, cuando existe falta de correlación entre la acusación y la sentencia, lo que supone un incumplimiento del principio de correlación por exceso, al decidirse sobre lo que no es objeto de resolución.

Es así, que a partir de un caso concreto, nuestro **Máximo Tribunal** mencionó que “la motivación estricta de la sentencia recurrida consta en los fundamentos cuatro y quinto, y su contenido no es contradictoria -que es el ámbito definido por el reproche Casatorio y ante el contenido limitado del recurso en cuestión es del caso circunscribirse-; entre lo que expone y lo que concluye, en el detalle y la apreciación de las pruebas, no se presenta una oposición recíproca, en si misma insuperable, que hace perder sentido y coherencia al relato fáctico y al análisis del caso”.

Por otro lado, es menester señalar que la **Corte Suprema** en reiterada Ejecutoria señaló la imposibilidad de cuestionar la apreciación de pruebas por medio de este recurso extraordinario;

c. Causal por infracción de la ley material (derecho sustancial o material)

Las causales de casación por infracción de la ley material, a los que también se les hacen referencia de errores "*in iudicando*" que pueden producirse cuando no se efectúa una adecuada aplicación de las normas materiales de carácter penal o de otras normas necesarias para su aplicación.

El artículo 429° del **Código Procesal Penal de 2004**, en sus incisos 3 y 5, señalan taxativamente los motivos de interés casacional de infracción de la ley material, y que se dividen en cinco motivos de casación: 1) indebida aplicación de la ley penal, 2) errónea interpretación de la ley penal, 3) falta de aplicación de la ley penal, 4) indebida aplicación, una errónea interpretación o falta de aplicación de otras normas legales necesarias para la aplicación de la ley penal, y 5) apartamiento de algún principio jurisprudencial obligatorio. Por otro lado, el inciso 1) del citado articulado regula el motivo casacional de infracción de garantía constitucional de carácter material (principio de legalidad, inviolabilidad de domicilio, etc.).

Asimismo, debemos mencionar que en el caso de una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación, que son causales sustantivas, por ende las normas cuya inaplicación o interpretación errónea o aplicación indebida se denuncia, deben tener naturaleza material o sustantiva, es decir debe tratarse de una norma que establezca derechos y obligaciones y que no indique un procedimiento a seguir.

1) Indebida aplicación de la ley penal (inciso 3, artículo 429° del Vigente Código Procesal Penal).

Es conveniente precisar que cuando el Código Procesal Penal de 2004 hace referencia a la ley penal, inequívocamente, se está refiriendo a la norma penal sustantiva o material, que pueda estar contenida en el Código Penal o en una ley especial de orden penal.

Esta causal se produce cuando, entendida correctamente una norma y sin que medien errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, dicha norma se aplica a un supuesto de hecho no regulado por ella, produciéndose obviamente consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley.

Se trata como dice **Carnelutti (s/a)**, de la atribución de los efectos estatuidos por la norma a un hecho diverso de su hipótesis. Ahora bien la indebida aplicación supone normalmente la infracción de dos normas de derecho: la que se aplicó al supuesto de hecho no regulado por ella, y la que se dejó de aplicar.

En el mismo sentido, señala **Carrión Lugo, Jorge (2003)**, al sostener que el órgano jurisdiccional “al emitir una sentencia o auto aplica una norma penal sustantiva impertinente, dejando de observar la norma verdaderamente aplicable, la cual se considera violada por inaplicación al caso”.

Por consiguiente, en este caso, al fundamentar el recurso de casación se deberá de señalar, además, de la norma penal material impertinente que se ha aplicado, la norma penal sustantiva que se dejó de aplicar (pretende su aplicación), debiendo señalar también los fundamentos doctrinales que ampara su pretensión, conforme lo exige imperativa el inciso 1 del artículo 430° del Código Procesal Penal.

En el mismo sentido, se definió en un trabajo de investigación de la **Academia de la Magistratura**, precisándose que cuando se denuncia indebida aplicación, lo que se está diciendo es que la instancia de mérito ha resuelto el conflicto aplicando una norma cuyo supuesto de hecho no subsumía lo ocurrido fácticamente, es decir se aplicó una norma impertinente, cuando se alega esta causal es requisito ineludible que el denunciante especifique, de acuerdo a su criterio, cuál era la norma aplicable.

2) Errónea interpretación de la ley penal (inciso 3, artículo del 429° del CPP)

Cuando se denuncia “la interpretación errónea de una norma de derecho material, se está diciendo que la norma aplicada por la Sala es la correcta, pero que no le ha dado el sentido, el alcance o significado correcto; cuando se alegue esta causal es imprescindible que el denunciante especifique, de acuerdo a su criterio, cual es la interpretación correcta de dicha norma”.

Este motivo de casación se presenta según **Prieto Castro (s/a)**: “en todos los casos en que, no obstante, haberse aplicado la norma adecuada, no se le da su verdadero sentido haciéndole derivar de ella consecuencias que no resulten de su contenido”.

Por su parte, **Carrión Lugo, Jorge (2003)**, manifiesta que “habrá errónea interpretación cuando a la norma se le da un sentido que no lo tiene; se aplica la norma pertinente, pero se le otorga un sentido diferente”. Agrega, que se produce este supuesto “cuando la ley es oscura, imprecisa, compleja, ambigua, es cuando la interpretación cobra gran importancia”.

De acuerdo con **Linares Julio (s/a)**; aquí no se trata, como en el caso anterior, de la inaplicación de la norma pertinente al caso controvertido o de la aplicación incompleta de una norma jurídica en razón de lo cual se desconoce un derecho claramente consagrado en la misma, sino de un error en la aplicación, declaración o determinación del sentido de la norma, con prescindencia de toda cuestión de hecho.

Por su parte **Devis Echandía (s/a)** manifiesta que la “interpretación errónea se determina porque existe una norma legal cuyo contenido o significado se presta a distintas interpretaciones, y el tribunal al aplicarla, siendo aplicable al caso le da la que no corresponde a su verdadero espíritu”.

Como puede observarse, a diferencia de lo que ocurre en la indebida aplicación de la ley, en donde el texto normativo es claro y no se presta a confusión, en la interpretación errónea se parte del supuesto de que el texto de la norma es oscuro, impreciso, ambiguo o complejo, y que al tratar de precisar su contenido y su sentido, es cuando el juzgador comete un error, al otorgarle un alcance o sentido que compagina con su espíritu, error que es el que precisamente se viene a denunciar a través de esta causal; debiendo, además, el denunciante señalar para este efecto de acuerdo a su criterio y sustentando en argumentos doctrinarios y legales, cual es la correcta interpretación de dicha ley.

3) Falta de aplicación de la ley penal (artículo 429° inciso 3 del CPP)

Que, en el presente caso, a diferencia de lo que sucede en la indebida aplicación de la ley y la errónea interpretación, en donde a un determinado supuesto fáctico se aplicó un texto normativo, sea otorgándole un alcance que no le correspondía o aplicando una norma que no corresponde, en la falta de aplicación el juzgador omite valerse

para el supuesto de hecho en concreto, determinado como probado por la instancia de mérito, de la norma penal que regula esa circunstancia, penalizando conductas o eximiéndola de responsabilidad, lo que supone que en rigor sólo existió una falta de aplicación del texto normativo penal para un determinado caso; por ejemplo, en el delito de encubrimiento personal, el procesado se sustrae a la acción de la justicia con el apoyo de su conyugue, pero el juzgador condena a esta última por el citado delito, sin observar que su conducta se encontraba exenta de pena por razón de este vínculo familiar de acuerdo a lo señalado en el artículo 406° del Código Penal.

4) Indebida aplicación, una errónea interpretación o falta de aplicación de otras normas legales necesarias para la aplicación de la ley penal (artículo 429° inciso 3 del Código Procesal Penal).

En el presente caso, se aplican los mismos criterios señalados en los punto dos, tres y cuatro, pero se refiere a aquellas normas legales extrapenales que resultan aplicables por razón de los tipos penales abiertos o de las leyes penales en blanco, pues permiten establecer la delictuosidad de una determinada conducta, o por el contrario, sirven como eximentes de responsabilidad.

5) Apartamiento de algún principio jurisprudencial obligatorio (doctrina jurisprudencial) establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional (Artículo 429° inciso 5 del Código Procesal Penal)

Este supuesto de casación, puede invocarse cuando la sentencia o auto recurrido se aparta del principio constitucional de obligatorio cumplimiento o, también denominada doctrina jurisprudencial, sin la fundamentación razonable que resulta exigible para esta circunstancia

conforme lo dispone el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; para cuyo efecto la Sala Penal de la Corte Suprema debe publicar trimestralmente en el diario oficial las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales, las que han de ser de obligatorio cumplimiento por todas la instancias judiciales, y en el mismo sentido lo regula el artículo 433° del Código Procesal Penal.

6) Por último tenemos la causal casacional de infracción de garantías constitucionales de carácter material, por su inobservancia o, errónea o indebida aplicación.

Que si bien no forma parte del contenido de esta clasificación de las causales de casación (infracción de la ley material), pues mediante el cual no se busca una adecuada aplicación de la ley material, pero por técnica pedagógica y/o didáctica lo desarrollaremos en este punto; en este contexto, cabe indicar que este motivo tiende a garantizar la tutela efectiva de los derechos constitucionales de carácter material reconocidos en nuestra **Carta Magna**, las que en su mayor parte se encuentran contenidas en el inciso uno y dos de la Constitución, y las demás que se encuentran esparcidas por el resto del texto constitucional, y en normas supranacionales (el derecho a la libertad, inviolabilidad de domicilio, la vida, etc.).

7. Trámite del recurso de casación

El trámite del recurso de casación se encuentra regulado en los artículos 430° y 431° del Código Procesal Penal.

a. Interposición del recurso extraordinario y la tramitación en la sala superior.

- De acuerdo con nuestra legislación la parte que se considere afectada con la resolución de Segunda Instancia puede manifestar su intención de recurrir en casación dentro del término de 10 días de notificado.
- Este recurso deberá formalizarse ante la Sala Penal Superior que expidió la resolución cuestionada.
- Después de recibido el escrito de formalización, el Tribunal Superior tiene a su cargo la primera calificación de admisibilidad, la que se restringe únicamente a la verificación del cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 405° del Código Procesal Penal, así como que se sustente en las causales previstas en el artículo 429° del acotado código.
- De comprobar el Tribunal Superior del cumplimiento de los presupuestos señalados en el punto precedente, procederá a conceder el recurso de casación, y dispondrá que se notifique a todas las partes para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema, pero en el caso que la causa provenga de un Distrito Judicial distinto al de Lima, deberán fijar un domicilio procesal nuevo dentro del décimo día de notificado. Finalmente, elevará el expediente.

b. Trámite del recurso ante la corte suprema.

- Recibido el expediente en la Corte Suprema se corre traslado del recurso a las partes no impugnantes, quienes contarán con un plazo de 10 días para absolver el traslado, siempre que previamente hubieren cumplido ante la Sala Penal Superior con lo dispuesto en el acápite anterior. Si, conforme a lo dispuesto en aquél acápite, no se señaló nuevo domicilio procesal, se tendrá al

infractor por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema.

- Cumplido el plazo señalado, la Sala Penal de la Corte Suprema cuenta con 20 días para realizar una segunda calificación de admisibilidad del recurso, debiendo verificar si cumplió con los presupuestos exigidos en el artículo 405° del Código Procesal Acotado, así como los presupuestos enunciados negativamente en el artículo 428° del acotado. Satisfactorio estos presupuestos, mediante el auto correspondiente declarara que el recurso ha sido bien concedido y procede a pronunciarse respecto al fondo del asunto. Bastan tres votos para decidir si procede conocer el fondo del asunto.

Preparación y Audiencia

- Luego, el expediente quedará 10 días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.
- Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas, cuyo acto procesal se instalará con la concurrencia de las partes que asistan.
- En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisibile el recurso de casación. Es así que nuestro **Supremo Tribunal Casacional**, en reiterados casos ha procedido en este sentido, precisando “el representante del Ministerio Público (recurrente) no asistió a la audiencia de casación, a pesar de encontrarse válidamente notificado conforme se aprecia de la cédula de folios quince del cuaderno de casación, tampoco presentó justificación alguna válida de aquella inasistencia, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el párrafo *in fine* del

inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal corresponde declarar inadmisibile el recurso de casación”. Criterio que fue reiterado en otra Ejecutoria, señalando que “el recurso de casación fue interpuesto por el Fiscal Superior de Apelaciones del Distrito Judicial de La Libertad, parte que fue notificada del señalamiento de audiencia de casación, no obstante no se presentó a Audiencia; inasistencia injustificada que da lugar a que este Supremo Tribunal declare inadmisibile el recurso de casación, conforme a lo previsto en el artículo cuatrocientos treinta y uno, inciso segundo del Código Procesal Penal”.

- Instalada la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente, de ser varios éstos se seguirá el orden fijado en el numeral 5) del artículo 424°, luego informará el abogado de la parte recurrida, y de haber asistido el imputado, quien tendrá derecho a auto defenderse en último término.
- Culminada la audiencia, la Sala procederá a la deliberación correspondiente siendo de aplicación en lo que resulte pertinente los establecido por los numerales 1) y 4) del artículo 425° y 393° del Código Procesal Penal.
- La sentencia se expedirá en el plazo de 20 días. El recurso de casación se resuelve con 4 votos conformes.

c. Competencia de la sala penal suprema.

Si la Sala Casatoria declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la resolución recurrida, puede:

- Decidir por sí el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, en este supuesto la Sala Casatoria se pronuncia sobre el fondo dictando el fallo que reemplazará al recurrido; lo que sucede, en rigor, cuando existe vicios *in iudicando* o de juicio (infracción de la ley), siguiendo el modelo italiano.

- Ordenar el reenvío del proceso, en este supuesto debe indicar el Juez o la Sala Penal Superior competente, así como precisará cual es el acto procesal que debe renovarse; lo que ocurre cuando se evidencia vicios *in procedendo* o de actividad (quebrantamiento de forma), de corte francés.
- Si la anulación de la resolución impugnada es parcial, ésta tendría valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. La Sala Casatoria declarará en la parte resolutive que la sentencia casatoria, cuando ello sea necesario, que partes de la Sentencia impugnada adquieren ejecutoria.
- La sentencia expedida por la Sala casatoria no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la acción de revisión de la sentencia condenatoria prevista en el Código Procesal Penal. En el mismo sentido tampoco será susceptible de impugnación la sentencia que dictare en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria. Si lo será en cambio, si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria.

2.4.15. Teoría que ampara el derecho a la impugnación del recurso de apelación

A. Teoría general de la impugnación penal

Jerí Cisneros, Julián Genaro (2002) desarrolla la “teoría general de la impugnación penal”, quien fundamenta que la institución de la apelación responde al principio fundamental del doble grado de jurisdicción, por el que la causa no está definitivamente terminada con la sentencia del primer Juez, sino que, a instancia de la parte condenada, debe recorrer un segundo estadio y sufrir un nuevo examen y una nueva decisión del Juez de apelación jerárquicamente superior al primero. Esta teoría cuenta con juristas como **Couture (1958)**, **Casarino Viterbo (1984)**

y Gozaini Alfredo (1993), algunos de ellos se ha ido desarrollando en los siguientes párrafos.

La apelación, recuerda el maestro **Couture (1958)**, busca la justicia, porque “el agravio es la injusticia, la ofensa, el perjuicio material y moral”.

El agravio supone la sucumbencia, el vencimiento, la insatisfacción total o parcial de cualquiera de las pretensiones, (principales o accesorias), oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso. El agravio o perjuicio es lo que mide el interés que se requiere como presupuesto para apelar. El cual debe ser actual y no eventual.

Casarino Viterbo (1984), piensa con justa razón que: “el recurso de apelación tiene fundamentos psicológicos y técnicos”. Psicológicos, porque es de naturaleza humana rebelarse, alzarse, en contra de una solución que se estima injusta, y también el hecho de poner mayor cuidado en una labor que, sabe de antemano, será revisada por una autoridad jerárquicamente superior; y técnicos, porque mediante la doble instancia, se consigue reparar los errores o las injusticias que pueden cometer los jueces inferiores, lográndose a la postre, una mejor y más eficiente administración de justicia.

Es cierto que el fundamento reside en la aspiración de justicia, pero no lo es menos que este concepto importa una consideración subjetiva de acuerdo al fin que persigue quienes pretenden la revocación.

Obsérvese que desde la posición del impugnante, la búsqueda del derecho tiene como asiento la versión interesada de su calidad de parte procesal. La justicia para su ponderación personal tiene una coloración propia, que se desvirtúa si no es asistido de razón.

Obviamente con el recurso no se persigue tutelar intereses individuales, aun cuando en los hechos sucede. En cambio al Estado le importa la perfección de la justicia y por eso admite la revisión de los actos no consentidos por las partes de un proceso.

Esta es la verdadera dimensión del objeto. Como bien dice **Alfredo Gozaini (1993)** “la impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador, y con ello, a lograr la eficacia del acto jurisdiccional”.

2.5. CONDENA DEL ABSUELTO

2.5.1. La institución procesal de la condena del absuelto en el vigente código procesal penal

La institución procesal, según **Jo Villalobos (2014)** la condena del absuelto es un tema no solamente novedoso dentro del desarrollo de nuestro proceso penal, sino también de carácter inédito que regula el Código Procesal Penal, la misma que implica que un imputado absuelto por el Juez Penal de Juzgamiento Unipersonal o Colegiado puede ser condenado por la Sala Penal Superior al resolver el recurso de apelación.

Si bien este nuevo estatuto procesal penal busca introducir a nuestro ordenamiento jurídico temas de gran importancia, en donde la principal etapa del proceso será la etapa del juzgamiento, a fin de permitir el equilibrio entre el garantismo, a favor del imputado, con respecto a la eficacia, a favor de la sociedad evitando la impunidad, uno de lo que más resalta es la mencionada condena del absuelto.

La importancia del tema radica por el hecho de que, vía el recurso ordinario de apelación, la Sala Penal Superior (o Sala Penal de Apelaciones) convocará a una audiencia de juzgamiento en sede de segunda instancia, en donde podrían llevarse a cabo el itinerario que

comprende el desarrollo de las etapas de la actividad probatoria, resaltando el momento de la actuación o de la producción probatoria, tema último que no existía bajo los cánones procesales del Código de Procedimientos Penales.

Si recordamos, cuando la **Sala Penal de la Corte Suprema** decidía resolver el recurso de nulidad, la misma que cuestionaba una sentencia dictada por la Sala Penal Superior, esta instancia suprema convocaba a una simple vista de la causa en donde los abogados de las partes en forma discrecional podían, si deseaban, solicitar que se les conceda el uso de la palabra a fin de poder informar oralmente, esto de acuerdo a las reglas del proceso ordinario.

Así también, en base a las reglas del proceso sumario, cuando la Sala Penal Superior tenía que resolver el recurso de apelación que cuestionaba una sentencia dictada en primera instancia por el Juez Penal, dicha Sala Penal Superior convocaba a una vista de la causa, en donde, igualmente, si los abogados lo deseaban podían pedir que se les conceda el uso de la palabra a fin de poder informar oralmente.

Conforme a las reglas que nos brinda nuestro **Vigente Código Procesal Penal (2004)**, esto último ha cambiado rotundamente, en donde la parte procesal que cuestione una sentencia, sea esta de carácter absolutoria o condenatoria, en la que se debe incluir también al Ministerio Público, tiene la obligación de acudir en forma personal a la sede de segunda instancia con la finalidad de poder sustentar oralmente el agravio que le ha producido la sentencia de primera instancia, todo ello para garantizar los principios de oralidad, de contradicción, de inmediación y de publicidad. Si la parte procesal que cuestionó una sentencia de primera instancia no acude en forma injustificada a la audiencia de juzgamiento ante el *ad quem*, esto es, como parte recurrente, su recurso de apelación

será declarado inadmisibile, por lo que su asistencia no queda a su libre albedrío como era en el antiguo sistema procesal nacional.

Con estas novedosas reglas se eliminan aquellas vistas fiscales en donde el Ministerio Público tenía que emitir su previo dictamen “opinión ilustrativa escrita”, antes de que la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva el recurso de nulidad (proceso ordinario) o antes de que la Sala Penal Superior resuelva el recurso de apelación (proceso sumario). Ahora, si el Ministerio Público cuestiona una sentencia de primera instancia, sea porque se haya absuelto al imputado o porque se le haya impuesto una pena o una reparación que la considera atenuada, deberá acudir en forma obligatoria a sustentar oralmente el agravio que le produce la decisión jurisdiccional, tan igual como ocurre con el abogado del imputado, del actor civil, del tercero civilmente responsable o de la persona jurídica que ha sido incluida al proceso penal como parte pasiva.

De acuerdo a lo que se puede apreciar, así como existirá una audiencia de juzgamiento de primera instancia, también existirá, con las limitaciones que se detallarán en el presente aporte académico, una audiencia de juzgamiento de segunda instancia, siendo esta la principal razón por la que se incluye y se sustenta dentro de nuestro **Código Procesal Penal** la condena del absuelto.

En esa lógica, la misma busca ser justificada por la celeridad procesal, tema central y característico de esta nueva normatividad adjetiva, ya que, si tomamos en cuenta lo regulado en el artículo 301° del Código de Procedimientos Penales, lo más perjudicial que le podría pasar en sede de segunda instancia al absuelto era la nulidad de la sentencia absolutoria a fin de que se lleve a cabo un nuevo juzgamiento ante el órgano jurisdiccional *ad quo*.

En cambio, conforme lo prevén los **artículos 419° inciso 2 y 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal**, es posible que la Sala Penal Superior al resolver el recurso de apelación, pueda condenar recién y por primera vez en sede de segunda instancia a quien fue absuelto, en forma previa, en primera instancia, por lo que, como se puede apreciar, **la condena recién existe y por primera vez ante el ad quem, quedándole sólo el camino de cuestionarla por medio del limitado y restringido recurso extraordinario de la casación penal.**

2.5.2. El derecho al recurso del condenado en segunda instancia

El artículo 301° del Código de Procedimientos Penales de 1940 impide que el absuelto en primera instancia pueda ser condenado en segunda instancia, posibilitando solamente la declaración de nulidad de la sentencia recurrida y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral. Sin embargo, esta situación cambia con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004, puesto que prescribe expresamente, en su artículo 425° inciso 3 literal b) la posibilidad de condenar en segunda instancia al imputado que fue absuelto en la sentencia impugnada.

El artículo 425° del Código Procesal Penal de 2004 dispone: “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”.

Al respecto, cabe acotar que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, en la **Consulta N° 2491-2010-Arequipa**, considerando 5, sostiene 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”.

No obstante, debemos delimitar dos aspectos. De un lado, el resguardo de las garantías mínimas en segunda instancia y del otro el derecho al recurso del condenado en segunda instancia. En cuanto a lo primero, cabe decir que el Código Procesal Penal de 2004 dispone de una serie de garantías que deben ser cumplidas en segunda instancia, ello dentro del marco de un modelo de apelación limitada; así, se exige que en la audiencia de apelación se observen, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia (artículo 424° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004), entre ellos la oralidad y la inmediación, además de que la decisión del *ad quem* debe guardar estricta congruencia con la pretensión recursal. Por ello, el procedimiento establecido para la apelación por sí mismo no resultaría inconstitucional, ya que está sujeto al cumplimiento de determinados lineamientos.

Ahora bien el segundo aspecto, en tanto la condena del absuelto guarda estrecha relación con el derecho al recurso que se le concede a quien ha sido condenado en segunda instancia, lo que se cuestiona es de qué manera se puede cautelar el cumplimiento de lo dispuesto en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos; a saber, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8° inciso 2,

literal h) cuando menciona “Toda persona tiene derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”; así como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos en cuyo artículo 14° inciso 5 se dispone 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”. Del mismo modo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, señala en su artículo 8°, “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”.

Respecto al artículo 14° inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, **Doig Díaz (2004)** expone que “Desde una interpretación histórica, dicho precepto fue redactado pensando en el proceso penal anglosajón y, en especial, en el proceso penal de los Estados Unidos, donde el veredicto absolutorio del Jurado no puede ser recurrido por el Ministerio Fiscal, única parte acusadora y, en cambio, el veredicto condenatorio, puede ser recurrido por el condenado ante un Tribunal Superior compuesto por profesionales, a los que corresponde controlar si se han cumplido con todas las garantías del debido proceso o si debe ser anulada y repetido el juicio con Jurado. De acuerdo con estos antecedentes, resulta razonable que dicho precepto haya contemplado la posibilidad de interponer el recurso única y exclusivamente contra sentencias condenatorias y que la revisión efectuada por el Tribunal Superior pueda sólo confirmar o anular la decisión para, en su caso, disponer el nuevo juicio por Jurado. Ahora bien, que el artículo 14° inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tenga el sentido anteriormente descrito en el sistema anglosajón no supone que deba extrapolarse en los mismos términos al ordenamiento procesal de corte continental. Tal y como está redactado dicho precepto, se presta hasta a tres interpretaciones diferentes, según sea el énfasis – mínimo, medio o máximo – que se ponga en asegurar las garantías del procesado. Si el

énfasis es mínimo bastará con entender que la sentencia debe ser sometida a un tribunal superior. Si es medio, el acento se pondrá en la necesidad de una apelación que revisa el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena, sin los límites que contiene la casación. Por último si se trata del máximo grado de garantismo, se propone que el artículo 14°.5 sea interpretado como el derecho del imputado a tener un juicio doble, entendido como doble juicio en caso de condena. Contrastadas tales interpretaciones con el Código Procesal Penal de 2004, resulta evidente que su sistema de recursos no se ha inclinado por la concepción mínima, de modo que para dar por cumplido el doble grado de jurisdicción no basta con que la sentencia sea susceptible de ser revisada por un tribunal superior; ni tampoco se ha instaurado la maximalista, que podría conducir al absurdo de arbitrar un nuevo recurso para quien resulta condenado por vez primera en segunda instancia.

El nuevo ordenamiento procesal consagra la posibilidad de que el órgano superior pueda revisar íntegramente la sentencia, siempre y cuando, en la interposición del recurso, se cumplan las formalidades previstas en la ley. De acuerdo con lo anterior, el diseño que realiza la norma procesal penal peruana le corresponde plenamente con una lectura garantista del artículo 14°.5 del PIDCP, a diferencia del modelo que consagra el aún vigente Código de Procedimientos Penales de 1940”.

Empero, este tema ha cobrado relevancia a raíz de una reciente sentencia de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, Caso Mohamed vs Argentina, donde ha manifestado lo siguiente: ***“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”***.

En esa línea, el recurso de casación regulado en el Código Procesal Penal de 2004 no cubriría plenamente el derecho al recurso, pues en nuestro sistema la casación está circunscrita a una revisión jurídica y no a una revisión de los hechos. Así, conforme al artículo 432° “La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos”.

En tal sentido, si el derecho al recurso también le corresponde al condenado en segunda instancia, ***entonces lo dispuesto en el artículo 425° inciso 3 literal b) podría resultar inconstitucional en la medida que no se regule un procedimiento adecuado que le permita interponer un recurso ordinario contra la sentencia que le causa agravio.***

En consecuencia, el derecho al recurso también ampara al imputado que es condenado por primera vez en sentencia de segunda instancia, lo cual origina que la condena al absuelto, al no estar regulado en nuestro ordenamiento jurídico un recurso ordinario contra esta resolución, resulta ser inconstitucional.

2.5.3. Los alcances y justificación del artículo 425°, inciso 3, literal b) del código procesal penal

El profesor ***Arsenio Oré (2011)***, establece que la incorporación del Libro IV, denominado Impugnación, supone una de las mayores novedades y, en buena medida, aciertos del Código Procesal Penal de 2004 –en adelante CPP–. No obstante, parte del contenido del artículo 425°, inciso 3, literal b), en relación a la sentencia de segunda instancia, en el extremo que permite la condena del absuelto, negándole al procesado la interposición de un recurso ordinario que habilite la revisión

de la que es en realidad, la primera condena, resulta un procedimiento inconstitucional y, por ende, contrario a la orientación acusatorio garantista del nuevo modelo. De allí que, antes de hablar de la justificación de la condena del absuelto, sería propio tratar las deficiencias e incongruencias del Código en relación a este procedimiento.

De acuerdo con el **Código Procesal Penal**, la condena del absuelto se sustenta en la facultad del *ad quem* de revocar la sentencia absolutoria de primera instancia, en base a la actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación. Sin embargo, **Arsenio Oré (2011)** indica que el contenido que se suele dar al término prueba nueva tiene un alcance mayor que la sola prueba descubierta con posterioridad al fallo de primera instancia. Conforme al artículo 442º, inciso 2, entre las pruebas que pueden ser ofrecidas a raíz de la interposición del recurso de apelación, además de aquellas cuya existencia se desconocía, se consideran las indebidamente denegadas o las no practicadas en primera instancia.

Según indica el artículo 423º, inmediatamente después de ofrecidas las pruebas, tendrá lugar la fase de evaluación y admisibilidad de los medios probatorios, tras lo cual se emplazará a las partes y se les convocará para la audiencia de apelación. Sobre las características y regulación de ésta, en principio el Código señala en el artículo 424º, inciso 1, que *en la audiencia de apelación se observarán, en cuanto fuesen aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia*. Sin embargo, conforme advertiremos más adelante, la vigencia de los principios elementales del juicio, como son la oralidad, contradicción e inmediación, se ve alterada por normas que contravienen el Debido Proceso.

Así mismo **Arsenio Oré (2011)**, indica que al culminar la audiencia de apelación, se pronunciará la sentencia de segunda instancia,

de acuerdo a las especificaciones del artículo 425°, inciso 4. Esta nueva sentencia podrá declarar la nulidad de la sentencia apelada o revocar el contenido de la misma, disponiendo por ejemplo, que se sustituya el contenido absolutorio por uno de condena. Se sostiene finalmente que, contra la condena de segunda instancia, *solo procede pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la admisión.*

Ahora bien, según el profesor **Arsenio Oré (2011)** de la regulación del **Código Procesal Penal** se desprenden en buena medida, tanto los argumentos empleados por quienes defienden este procedimiento, como por quienes lo 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 el principio de la pluralidad de instancias y 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 **Código Procesal Penal**, en lo que a la condena en segunda instancia se refiere, se sostiene que las afectaciones al procesado se producen en las dimensiones que, precisamente, son mencionadas como parte del argumento para legitimar esta institución.

- a. El Código Procesal Penal 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.

Por otro lado, es claro que son diversas las interpretaciones que se puede hacer de las normas del Código. Lo relevante de la orientación que se siga, es que se considere la fuente normativa, pero especialmente, el modelo procesal penal nacional y la política criminal del Estado, de modo que no genere una indiscriminada importación de normas, desconociendo las particularidades de nuestro propio sistema de justicia penal.

Señala **Arsenio Oré (2011)** que cuando se mencionan las fuentes legislativas del *Código Procesal Penal*, se hace alusión a distintos Códigos. Para el caso concreto de la condena del absuelto, se consideraron los Códigos de España e Italia, y en segundo orden, la Ordenanza Procesal alemana, por ello la importancia de conocer el alcance de la regulación comprendida en dicha legislación comparada. Se hará una breve mención yendo desde la norma con menor remisión, hasta llegar a la de mayor influencia.

En Alemania, conforme establece la **Ordenanza Procesal Penal**, 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 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, como destaca **Schünemann (2005)**, para garantizar la doble instancia, el Tribunal Supremo Alemán “ha emprendido en las últimas décadas 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.

En el caso de 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 (artículo 597° inciso 2 literal b) o declarar la nulidad de la sentencia examinada, según corresponda (artículo 604° inciso 1). Contra esta sentencia condenatoria no se ha previsto ningún recurso ordinario, no obstante, como señala **Toninni (2005)**, es posible su reexamen en casación, a través del control de logicidad de la motivación.

Finalmente, en España, conforme dispone actualmente la Ley de **Enjuiciamiento Criminal**, solo es posible apelar en los procesos por juicios de faltas (artículo 976° inciso 2), en el ámbito del procedimiento abreviado y del enjuiciamiento rápido (artículo 790°-792° y artículo 803° inciso 1). 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. (Sentencia 41/1998 y auto 154/1992). Según **Palomo Del Arco (2008)** en doctrina se crítica que prefiera desnaturalizarse la casación en lugar de incorporar la apelación para garantizar la doble instancia en estos procesos.

La presencia de delitos cuyos procesos son inapelables, ha significado para España ser objeto de varios cuestionamientos por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Ello ha motivado a su vez que modifique en reiteradas oportunidades su legislación interna. Con todo, y pese a las adecuaciones de su sistema recursal, en septiembre de 2009 España ratificó el Protocolo N° 07 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos. Este Convenio comprende la posibilidad de condenar al previamente absuelto, generándose una suerte de excepción al artículo 14º, inciso 5 del PIDCP.

Arsenio Oré (2011) señala que ante este estado de cosas cabe anotar que los países fuente para el caso de la regulación de la condena del absuelto, comprenden procesos de instancia única, contrario a lo que regula el Código Procesal Penal y garantiza la Constitución peruana. Asimismo, el Código Procesal Penal pretende superar el derecho al recurso del condenado por primera vez en segunda instancia, a través de la Casación, pero como vemos en la experiencia comparada, ello genera la desnaturalización de este recurso, a fin de dar una cobertura para la que no está diseñada. A través del análisis comparativo es posible suponer que igual suerte correría la Casación en el Código Procesal Penal. Otro efecto no deseado, producto de la deficiente regulación del Código.

2.5.4. ¿Se afecta con la condena del absuelto la garantía de la doble instancia establecida en el artículo 139º, inciso 6 de la constitución? ¿El código procesal penal es contrario al mandato del artículo 14º, inciso 5 del pacto internacional de derechos civiles y políticos?

A. Constitución

En relación a la condena del absuelto, **Arsenio Oré (2011)** afirma que la condena en segunda instancia, en sí misma, no vulnera la pluralidad de instancias, pero lo que sí contraviene la disposición constitucional, es la limitación que pesa sobre el imputado, al ser condenado por primera vez en vía de apelación. Y esta afirmación la podemos sustentar en tres aspectos: a) la *ratio legis*; b) el contenido constitucional; y c) la interpretación del Tribunal Constitucional.

- a) En relación a la *ratio legis*, podemos afirmar que el dejar desprovisto al condenado por primera vez en segunda instancia, del derecho a impugnar, no responde ni a la naturaleza ni al contenido que el legislador buscó al considerar la garantía de la pluralidad de instancias en la Constitución.

Así tenemos que en “el debate constitucional del **Pleno del Congreso Nacional de 1993**”, se manifestaron como afirmaciones que constituyeron la motivación de la norma –pluralidad de instancia-, las siguientes:

- Que pluralidad de instancias, supone siempre la regulación de una instancia superior;
- Que pluralidad de instancias, representa básicamente, doble instancia;
- Que la Casación debe ser tenida como vía excepcional; y

- Que la impugnación responde a un derecho del justiciable, en virtud de la falibilidad humana de los magistrados.

Cabe mencionar que 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, procesalistas como **Doig Díaz (2004)**, afirman que el legislador peruano a través de la Constitución de 1993, generó una evidente conexión entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia, en la medida que *“junto al reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que los distintos ordenamientos suelen subsumir el derecho a los recursos, contempla expresamente el derecho a la pluralidad de instancia”*. De modo que, se puede sostener 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 echamos mano de un tecnicismo jurídico, para enmascarar la vulneración a la tutela judicial efectiva del imputado.

c) **El Tribunal Constitucional**, por su parte, 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”. De igual forma se ha pronunciado en el caso *Compañía De Radiodifusión Arequipa S.A.C.*, al señalar que la pluralidad de instancias *“tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior”*.

En esa medida, **Arsenio Oré (2011)** advierte que de los resultados del análisis del Tribunal Constitucional, se afirmaría que la pluralidad de instancias en efecto se plasmaría en la doble instancia; no obstante, también sostiene el máximo intérprete de la Constitución que, el acceso a una instancia superior corresponde a un derecho del justiciable. En esa medida, la condena del absuelto en segunda instancia sí vulnera el artículo 139º, inciso 6 de la Constitución, pues aunque pluralidad podría equivaler a doble instancia, también es cierto que el acceso a la instancia superior responde a la vigencia del derecho a impugnar, no habilitado para quienes son condenados por primera vez, en fase de apelación.

B. Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos

Según **Arsenio Oré (2011)**, al afirmar que la condena del absuelto es inconstitucional, estamos sosteniendo que dicha regulación vulnera el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, documento que forma parte del bloque de constitucionalidad en nuestro país, que en su artículo 14º, inciso 5, señala 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”***.

El contenido del derecho a recurrir o a impugnar los fallos gravosos, no se agota con la posibilidad de acceder al Tribunal de alzada, sino con el hecho de someter a re evaluación el contenido de la sentencia que es contraria a los intereses de las partes. Es ese derecho el que se procura salvaguardar en pro de quien es condenado por primera vez en segunda instancia.

El ***Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*** es claro en establecer que la impugnación del fallo condenatorio no es una posibilidad ni una facultad sometida a poder discrecional de los órganos de justicia, consiste en un derecho directamente reconocido al imputado. Derecho además que, para que se vea salvaguardado, no bastará con habilitar la casación como vía excepcional de impugnación, sino que requerirá una efectiva revisión del fallo, conforme tuvo su oportunidad de ejercerlo el Ministerio Público o la Parte Civil, respecto a la absolución de primera instancia.

Así mismo tal como lo indica ***Arsenio Oré (2011)***, en ese punto se puede volver sobre la legislación comparada considerada como fuente del *Código Procesal Penal*. Para el caso de España, el *Comité de Derechos Humanos* ha formulado cuestionamientos en distintos casos en los que el condenado en segunda instancia recurrió a la Casación, siendo evidente el limitado alcance de revisión a partir de la interposición de este medio de impugnación.

Algunos ejemplos de ello son los casos Cesáreo Gómez contra España, y Sineiro Fernández contra España. En Dictamen de fecha 20 de julio de 2000, en el caso *Cesáreo Gómez Vásquez contra España*, el Comité determinó que **el recurso de casación, dado su limitado objeto, provoca la “inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena” sean revisadas “íntegramente”, por lo que “no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14º, del**

Pacto. Para el caso *Sineiro Fernández*, en Dictamen del 10 de julio de 2001, se sostuvo (*Que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación*), **limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14° del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14° del Pacto**”.

Arsenio Oré (2011) Hace la acotación que en el caso de Alemania, por ejemplo, este Estado planteó reservas al artículo 14°, inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues comprendía con anterioridad en su legislación interna los procesos de instancia única. Perú por su parte, no presentó reserva alguna al Pacto.

En suma, podemos afirmar que de cara al contenido del artículo 425°, inciso 5 del Código Procesal Penal, y planteado un caso cualesquiera que este fuese, ante el Comité de Derechos Humanos, tendríamos que de seguro el Estado peruano sería cuestionado por no asegurar la vigencia de un recurso ordinario para la revisión de la sentencia condenatoria en segunda instancia, conforme ocurrió con España, por afectar con ello lo estipulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.5.5. Posiciones adoptadas por la jurisdicción internacional respecto a la condena del absuelto

A. Posición de los países 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 Derechos 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. 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 artículo 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° 341-2010, por la magistrada del Juzgado de lo Penal N° 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 el 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 ejemplo 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 (artículo 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 artículos 205° y 206° en relación con el artículo 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 artículo 53° CP. Y ello porque el delito de calumnias con publicidad, de los artículos 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 desvalor 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 ha 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 el 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 artículos 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 el 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 ejemplo 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 del 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 del 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.

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.

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.

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 Artículo 177° que señala los efectos de la apelación de la sentencia, como se pasa a describir:

Artículo 177°: 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:
 - La sentencia condenatoria o **absolutoria**.
 - El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión.
 - El auto que decide una nulidad.
 - El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral, y
 - 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:
 - El auto que resuelve sobre la imposición de una medida de aseguramiento; y
 - 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 ídem*.
- Si por virtud de lo dispuesto en los artículos 14°, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8°, numeral 2, 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.

a. Respecto a la primera posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal no es violatoria del principio del *non bis in ídem*.

- 1) 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.
- 2) En desarrollo de esos postulados le tiene que corresponder 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 ídem* 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.
- 3) La Corte Constitucional ha puntualizado que el principio del *non bis in ídem* 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, 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-”.

- 4) 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.
- 5) 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.

- 6) No obstante lo anterior, la Corte ha puntualizado que tampoco el *non bis in ídem* 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 artículo 2°) 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*”.
- 7) Al margen de las anteriores consideraciones en torno al carácter no absoluto del *non bis in ídem* 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 ídem* 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 firme.

- 8) 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 ídem*. 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.
- 9) Así, como regla general se tiene que por virtud del principio del *non bis in ídem*, 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.
- 10) La propia Constitución establece junto con el *non bis in ídem* y el derecho a impugnar la sentencia condenatoria (C.P. artículo 29°), la garantía de la doble instancia como principio general (C.P. artículo 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.

- 11) 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 y de consolidada jurisprudencia sobre el particular, 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.

- 12) Sin embargo en cuanto hace a la garantía del *non bis in ídem*, 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.
- 13) 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.
- 14) La Corte llega a la conclusión de que, no solo no es violatorio del *non bis in ídem*, 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 artículo 2°).

15) 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.

b. 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.

1) 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*)

2) 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. artículo 93°), (iv) las leyes orgánicas y, (v) en algunas ocasiones, las leyes estatutarias.

- 3) 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.
- 4) 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 ídem* 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.
- 5) 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 ídem*, 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.
- 6) 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 ídem* que sea contraria a la que se ha plasmado en el apartado

precedente de esta providencia. Por el contrario, ambos instrumentos son explícitos al señalar que la garantía del *non bis in ídem* 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.

- 7) 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.
- 8) 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 ídem* 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.
- 9) En consecuencia **La Corte Constitucional** Resolvió Declarar la *exequibilidad*, de la expresión “*absolutoria*”, contenida en el inciso 3

del artículo 176° y en el numeral 1 del artículo 177° de la Ley 906 de 2004.

B. 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 la 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 y reservar 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.

C. 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.**

1. La posición de la comisión interamericana de derechos humanos sobre la condena del absuelto a través del caso de Oscar Alberto Mohamed vs. Argentina

Debe tenerse en cuenta que el 13 de abril de 2011, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** sometió a Jurisdicción de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** el Caso N° 11.618 respecto de la República de Argentina, por no haberse cumplido con las recomendaciones que se encontraban contenidas en el Informe de fondo, tal como lo indica **Núñez Pérez (2013)** el mismo que se encuentra relacionado con el procesamiento y condena penal del ciudadano *Oscar Alberto Mohamed* por el delito de homicidio culposo.

Se apuntó que esta persona fue absuelta en primera instancia, pero que luego fue condenada en segunda instancia, en donde al ser esta persona recién condenada en esa instancia, también tenía el derecho a la revisión amplia y completa de su fallo condenatorio.

La **Comisión Interamericana** advirtió que, para el caso en concreto, esta persona no contó con una revisión de su condena a los efectos de corregir posibles errores, violándose en su perjuicio el derecho fundamental contemplado en *el artículo 8º.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos*.

Por tanto, el principal argumento de cuestionamiento asumido fue por el hecho de que un imputado condenado recién en segunda instancia, esto es, cuando previamente fue absuelto en primera instancia, se le niega el derecho fundamental a una revisión integral de su sentencia condenatoria, no asegurándose con ello una real y eficaz doble instancia.

Por lo que, este órgano supranacional no cuestiona la posibilidad de que se pueda impugnar una sentencia absolutoria de primera

instancia, ni tampoco de que tal decisión absolutoria pueda ser revocada por una condena en segunda instancia, sino que el mismo se limita a cuestionar, a partir de ahí, la no existencia de un recurso ordinario que garantice una revisión completa.

Este cuestionamiento también lo podemos ejemplificar para el caso nacional conforme a las reglas que impone nuestro **Código Procesal Penal**, en el sentido de que la Sala Penal de Apelaciones, como órgano jurisdiccional que se encuentra encargado de resolver el recurso de apelación que se haya podido interponer contra una sentencia absolutoria dictada por el Juez Penal Unipersonal o Colegiado en primera instancia, podrá decidirse en aplicar la institución procesal de la condena del absuelto, en donde a este imputado sólo le quedaría interponer el recurso extraordinario de la casación penal, viendo limitadas y restringidas sus posibilidades de éxito a través de una verdadera e idónea revisión impugnatoria.

Justamente al aplicarse la condena del absuelto, este recién condenado, en sede de segunda instancia, necesita una nueva instancia, la misma que debería ser obtenida por medio del recurso ordinario de la apelación, características que no ostenta el recurso extraordinario de la casación penal, ya que sería, en otras palabras, como una manifestación de la condena en instancia única, afectándose con ello el derecho a recurrir un fallo adverso, derecho fundamental que existe así la condena sea consecuencia de una primera o de una segunda instancia.

Debe recordarse que el recurso extraordinario de la casación penal no entra a analizar el fondo de la controversia, no pudiéndose con este recurso analizar aspectos vinculados a cuestiones de hecho y de prueba, limitando su análisis sólo a aspectos de derecho, es decir, que su revisión se restringe sólo a aspectos formales por entenderse que la Sala

Penal de la Corte Suprema no podría ni debería cumplir el papel de ser una nueva instancia ordinaria.

Por lo que, conforme asumió **La Comisión Interamericana** en el citado caso argentino, toda persona condenada, aun en segunda instancia tras la absolución en primera instancia, tiene el derecho a solicitar una revisión de cuestiones de diverso orden y a que las mismas sean analizadas efectivamente por un tribunal jerárquico que ejerce la revisión, precisamente con el objeto de corregir posibles errores de interpretación, de valoración de pruebas o de análisis, aspectos últimos que no se pueden alcanzar por medio del recurso extraordinario de la casación penal.

Según **Jo Villalobos (2014)** señala que adscribiéndonos a la posición asumida por la Comisión Interamericana en este concreto caso contra el Estado Argentino, se pueden destacar las siguientes líneas argumentativas: “73. La garantía establecida en el artículo 8.2.h. en este caso, no está limitada a una etapa procesal, sino que 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 , 76. **La Comisión** resalta que la eficacia del recurso se encuentra estrechamente vinculada con el alcance de la revisión. Esto, debido a que la falibilidad de las autoridades judiciales y la posibilidad de que cometan errores que generen una situación de injusticia, no se limita a la aplicación de la ley, sino que incluye otros aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria. De esta manera, el recurso será eficaz para lograr la finalidad para el cual fue concebido, si permite una revisión sobre tales cuestiones, sin limitar *a priori* su procedencia a determinados extremos de la actuación de la autoridad judicial, 83. Por otra parte, y en cuanto a la *accesibilidad* del recurso, **La Comisión** considera que, en principio, la regulación de algunas exigencias mínimas para la procedencia del

recurso no es incompatible con el derecho contenido en el artículo 8 inciso 2 literal h) de la Convención. Algunas de esas exigencias mínimas son, por ejemplo, la presentación del recurso como tal -dado que el artículo 8 inciso 2 literal h) no exige una revisión automática- o la regulación de un plazo razonable dentro del cual debe interponerse. Sin embargo, en ciertas circunstancias, el rechazo de los recursos sobre la base del incumplimiento de requisitos formales establecidos legalmente o definidos mediante la práctica judicial en una región determinada, puede resultar en una violación del derecho a recurrir el fallo, 84. En primer lugar, la Comisión destaca que debido al marco legal aplicable, únicamente procedía el recurso extraordinario ante la sentencia condenatoria emitida por la Cámara de Apelaciones. Dicho recurso no otorga una revisión oportuna, accesible y eficaz de acuerdo con los estándares desarrollados en los párrafos anteriores.

De acuerdo a lo anterior, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** observa que las causales del recurso, es decir la inconstitucionalidad y arbitrariedad manifiestas, presentan desde el inicio perspectivas de revisión limitadas o restringidas, 91. En el presente caso, el recurso extraordinario presentado por el señor Oscar Alberto Mohamed fue rechazado por la Cámara de Apelaciones *in limine*, precisamente con fundamento en que no se trataría de un recurso que revise cuestiones de hecho, de prueba o de derecho. **La Corte** abunda en su fallo estableciendo que “esta doctrina no tiene por objeto convertir a la Corte Suprema de la Nación en una tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales”. Dicha inadmisibilidad fue ratificada luego por la Corte Suprema con la improcedencia de los recursos de queja y de revocación interpuestos. 92. De lo anterior, resulta que el examen de admisibilidad realizado se limitó precisamente a establecer la existencia o inexistencia de violación de garantías constitucionales o de arbitrariedad manifiesta, y no a revisar las cuestiones de hecho, de prueba y de derecho alegadas. 93. En virtud de los estándares descritos

anteriormente, no es compatible con el artículo 8° inciso 2 literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos que el derecho a la revisión sea condicionado a la existencia de una violación de derechos constitucionales o a una arbitrariedad manifiesta.

Así mismo señala **Jo Villalobos (2014)** que al margen de que se presenten dichas violaciones o arbitrariedades, 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, tal y como lo alegó la defensa del señor Mohamed en cada una de las instancias a las que recurrió. 94. En conclusión, en el presente caso, debido a las limitaciones esbozadas por la Cámara de Apelaciones, así como por la Corte Suprema de la Nación, *Oscar Alberto Mohamed* no contó con una revisión de su condena a los efectos de corregir posibles errores por parte del juez respectivo y, por lo tanto, el Estado violó en su perjuicio el derecho contemplado en el artículo 8° inciso 2 literal h) de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1° inciso 1 del mismo instrumento, 96. De acuerdo con las consideraciones de hecho y de derecho desarrolladas, y especialmente a que el recurso extraordinario, único recurso disponible contra la sentencia que condenó al señor Mohamed, restringía el examen a ciertas causales específicas, sin otorgar una revisión oportuna, eficaz y accesible, la **Comisión** concluye que el Estado argentino violó el derecho de *Oscar Alberto Mohamed* de recurrir de su sentencia condenatoria, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 8° inciso 2 literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por ello mismo, siendo coherente con su argumentación, la **Comisión Interamericana** recomendó al Estado Argentino antes de que el caso pase a conocimiento de la Corte Interamericana lo siguiente:

- a. Disponer las medidas necesarias para que *Oscar Alberto Mohamed* pueda interponer, a la brevedad, un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la sentencia condenatoria en cumplimiento del artículo 8° inciso 2 literal h) de la Convención Americana.
- b. Disponer las medidas legislativas y de otra índole para asegurar el cumplimiento efectivo del derecho consagrado en el artículo 8° inciso 2 literal h) de la Convención Americana de conformidad con los estándares descritos en el presente informe.
- c. Adoptar las medidas necesarias para que *Oscar Alberto Mohamed* reciba una adecuada y oportuna reparación por las violaciones de los derechos humanos establecidas en el presente informe.

En síntesis, la **Comisión Interamericana** fue categórica en asumir la siguiente doctrina, la misma que le sirvió para poder acudir ante la Corte Interamericana exigiendo un pronunciamiento en su competencia contenciosa:

- Que no es compatible con el artículo 8° inciso 2 literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos que el derecho a la revisión sea condicionado a la existencia de una violación de derechos constitucionales o a una arbitrariedad manifiesta.
- Que toda persona condenada, aun en segunda instancia tras la absolución en primera instancia, tiene el 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.

- Que el ciudadano argentino *Oscar Alberto Mohamed* no contó con una revisión de su condena a los efectos de corregir posibles errores por parte del juez respectivo.
- Que el derecho a recurrir el fallo se enmarca dentro del conjunto de garantías que conforman el debido proceso legal, las cuales se encuentran indisolublemente vinculadas entre sí.
- Que el derecho a recurrir el fallo debe ser interpretado de manera conjunta con otras garantías procesales si las características del caso así lo requieran.
- Que el recurso extraordinario, único recurso que tenía disponible el ciudadano argentino Oscar Alberto Mohamed contra la sentencia que lo condenó, no otorgaba una revisión oportuna, eficaz y accesible, por lo que se concluyó que el Estado argentino violó el derecho de recurrir su sentencia condenatoria.
- Que 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.
- Que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, se encuentran sometidos a ella, por lo que se 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.
- Que 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.
- ***Que el derecho a recurrir un fallo ante un juez o tribunal distinto y de mayor jerarquía es una garantía fundamental en el marco del debido proceso legal, cuya finalidad es evitar que se consolide una situación de injusticia.***

- ***Que el ciudadano argentino Oscar Alberto Mohamed tenía el derecho fundamental a la revisión de su fallo condenatorio en segunda instancia, luego de un fallo absolutorio en primera instancia.***
- Que ante una sentencia condenatoria, el texto del artículo 8°.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos no establece una distinción expresa entre etapas procesales para el ejercicio del derecho a recurrir una sentencia condenatoria.
- Que los trabajos preparatorios de la Convención Americana de Derechos Humanos, reflejan la expresa voluntad de incluir el derecho de recurrir de un fallo condenatorio emitido en segunda instancia.
- ***Que el derecho de recurrir de un fallo condenatorio de segunda instancia ha sido reconocido por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.***
- Que la garantía establecida en el artículo 8°.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos con respecto al derecho a recurrir un fallo, no se encuentra limitada a una etapa procesal, sino que se establece que una sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior, así se trate de una condena impuesta en única, primera o segunda instancia.
- Que el artículo 8°.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho del ciudadano argentino *Oscar Alberto Mohamed* de recurrir el fallo de la Cámara de Apelaciones que lo condenó por el delito de homicidio culposo.
- Que los sistemas procesales penales en los cuales rigen primordialmente los principios de la oralidad y la inmediatez, como sucede en el caso de Argentina, los Estados están obligados a asegurar que dichos principios no impliquen exclusiones o limitaciones al alcance de la revisión que las autoridades judiciales están facultadas a realizar.

- Que el recurso extraordinario presentado por el ciudadano argentino *Oscar Alberto Mohamed* fue rechazado por la Cámara de Apelaciones *in limine*, precisamente con fundamento en que no se trataría de un recurso que revise cuestiones de hecho, de prueba o de derecho.

Que el examen de admisibilidad que se realizó se limitó precisamente a establecer la existencia o inexistencia de ***violación de garantías constitucionales o de arbitrariedad manifiesta***, y no a revisar las cuestiones de hecho, de prueba y de derecho alegadas.

2. La posición de la corte interamericana de derechos humanos sobre el derecho fundamental a recurrir integralmente el fallo condenatorio a través del caso de Oscar Alberto Mohamed vs. Argentina por medio de su sentencia del 23 de noviembre de 2012

a. El proceso penal realizado en el estado Argentino que derivó en la aplicación de la institución procesal de la condena del absuelto

Como señala ***Jo Villalobos (2014)*** la importancia de esta sentencia radica en señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, la responsabilidad internacional del Estado argentino por no haber garantizado al ciudadano Oscar Alberto Mohamed el derecho fundamental a recurrir un fallo penal condenatorio, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 8°.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cabe señalar que *Oscar Alberto Mohamed* fue condenado, recién y por primera vez, como autor del delito de homicidio culposo mediante sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por un tribunal penal en

segunda instancia, el cual revocó la sentencia absolutoria que la había dictado un juzgado penal de primera instancia.

Debe tenerse en cuenta que el 16 de marzo de 1992 el ciudadano *Oscar Alberto Mohamed*, quien trabajaba en la ciudad de Buenos Aires como conductor de una línea de colectivos, fue parte de un accidente de tránsito. En ese contexto, el señor Mohamed atropelló a una señora, quien falleció por tal motivo, iniciándosele por ello un proceso penal por el delito de homicidio culposo.

El régimen procesal aplicado al señor Mohamed en el proceso penal en su contra fue el regido por el Código de Procedimientos en Materia Penal de 1888. El Fiscal Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 14, formuló acusación contra el señor Mohamed como autor del delito de homicidio culposo. En forma coincidente, tanto el fiscal como el abogado del querellante solicitaron que se le impusiera la pena de un año de prisión e inhabilitación especial para conducir por seis años, así como al pago de las respectivas costas procesales.

El 30 de agosto de 1994, el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, como órgano jurisdiccional *ad quo*, emitió sentencia, mediante la cual resolvió, absolver de los cargos a *Oscar Alberto Mohamed* del delito de homicidio culposo. El Ministerio Público y el representante del querellante interpusieron los recursos de apelación contra los puntos de la sentencia relativos a la absolución y a los honorarios del abogado defensor. El mencionado juzgado concedió los recursos de apelación y ordenó elevar la causa al superior.

El 22 de febrero de 1995, la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió sentencia, como órgano jurisdiccional *ad quem*, en la cual resolvió condenar recién y por

primera vez al señor Mohamed por encontrarlo responsable del delito de homicidio culposo, en donde se le impuso la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se dejaba en suspenso, así como a ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier clase de automotor y a las costas que hayan originado ambas instancias.

Conforme se detalla, el ordenamiento jurídico aplicado en el proceso penal contra el señor Mohamed no preveía ningún medio impugnatorio o recurso penal de carácter ordinario que haya permitido recurrir o cuestionar esa sentencia condenatoria recién surgida en segunda instancia. El recurso disponible era el recurso extraordinario federal, previsto en el artículo 256° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El 13 de marzo de 1995, la defensa técnica del señor Mohamed interpuso, en base a los artículos 256° y 257° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, un recurso extraordinario federal contra la sentencia condenatoria ante la misma Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que dictó dicha sentencia.

El 4 de julio de 1995, la referida Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, resolvió rechazar, con imposición de costas, el recurso extraordinario, con base a que los argumentos presentados por la defensa se referían a cuestiones de hecho, de prueba y de derecho común que habían sido valoradas y debatidas en su oportunidad por el fallo impugnado.

El 17 de julio de 1995, el señor Mohamed fue despedido de su empleo como chofer de colectivo, en razón de la inhabilitación penal para conducir que le fue impuesta en la sentencia condenatoria.

El 18 de julio de 1995, la defensa técnica del señor Mohamed interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por haberse denegado o no concedido justamente el Recurso extraordinario interpuesto contra el fallo dictado en segunda instancia.

El 19 de septiembre de 1995, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso de queja interpuesto, indicando que el recurso extraordinario, cuya denegación motivaba la queja era inadmisibile.

El 27 de septiembre de 1995, la defensa técnica del señor Mohamed interpuso un escrito ante la referida Corte Suprema solicitándole que revocara la decisión que desestimó el recurso de queja.

El 19 de octubre de 1995, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso interpuesto por la defensa técnica del señor Mohamed en tanto señaló que las sentencias del Tribunal no son susceptibles de reposición o revocatoria.

b. La doctrina jurisprudencial de la corte interamericana de derechos humanos sobre el derecho fundamental a recurrir integralmente el fallo condenatorio ante un juez o ante un tribunal superior

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, como máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, se pronunció sobre el alcance, contenido y real dimensión del artículo 8°.2.h) del mencionado tratado internacional con respecto a las sentencias condenatorias emitidas al resolverse un recurso que se haya interpuesto contra una sentencia absolutoria, debido a que el Estado Argentino sostuvo, como parte de su defensa y así evitar una condena de carácter

internacional, que se encontraba permitido establecer excepciones al derecho fundamental a recurrir condenas penales.

Esta **Instancia Supranacional** estableció que el derecho fundamental a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantizara respecto de todo aquél que es condenado, siendo que resultaría contrario al propósito de ese derecho concreto que no se ha garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria, por lo que, interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. **La Corte** definió que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 8°.2.h) de la Convención Americana, el ciudadano argentino *Oscar Alberto Mohamed* tenía el derecho fundamental a recurrir del fallo impuesto por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones el 22 de febrero de 1995, toda vez que por medio de esta decisión judicial, recién y por primera vez, se le condenó como autor del delito de homicidio culposo.

Así también, al referirse al contenido esencial de la garantía que otorga el artículo 8°.2.h) de la Convención Americana, hizo hincapié que el derecho fundamental a impugnar un fallo condenatorio busca proteger a su vez el derecho de defensa, en donde tal recurso debe ser considerado como uno de naturaleza ordinaria así como de carácter accesible y eficaz, lo cual supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de la cosa juzgada, debiendo procurar la obtención de resultados o de respuestas al fin para el cual fue concebido, en donde las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido o concedido deben ser mínimas, no debiendo constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

Se agregó que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes, así como a la denominación o

a la nomenclatura jurídica que le puedan dar al medio de impugnación que se pueda interponer contra una sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz, debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una posible condena errónea, permitiéndosele que pueda entrar a analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se pueda basar o sustentar la sentencia condenatoria impugnada.

Por eso mismo, se afirma que las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria, por lo que, ***los Estados se encuentran en la obligación de asegurar que dicho recurso contra una sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el impugnante, lo cual no implica que deba realizarse necesariamente un nuevo juicio oral.***

La ***Corte Interamericana*** al analizar si al ciudadano *Oscar Alberto Mohamed* se le garantizó el derecho fundamental a recurrir del fallo condenatorio, señaló que tal ordenamiento jurídico no preveía ningún recurso penal de tipología ordinaria para que aquel pudiera recurrir la sentencia condenatoria que le fue impuesta, ya que la decisión condenatoria de segunda instancia era una sentencia recurrible solamente a través de un recurso extraordinario federal y con un posterior recurso de queja.

La ***Corte Interamericana*** consideró que el referido recurso extraordinario no constituye un medio de impugnación procesal penal de naturaleza ordinaria, sino que el mismo se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento Argentino, en donde las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una

ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional.

Para el caso en concreto se resaltó que las causales de procedencia del recurso extraordinario, por su propia naturaleza, limitaban la posibilidad del señor Mohamed de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio, en donde tal limitación incidía negativamente en la efectividad que en la práctica podría tener dicho recurso para impugnar la sentencia condenatoria.

Además, se pudo constatar que el alcance limitado del recurso extraordinario federal quedó probado en la propia decisión dictada por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones, la cual rechazó *in limine* el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed con base en que los argumentos presentados se referían a cuestiones de hecho, de prueba y de derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en su oportunidad por el fallo impugnado.

Conforme se viene analizando, la **Corte Interamericana** llega a la conclusión que el sistema procesal penal argentino que fue aplicado al señor Mohamed no garantizó, normativamente, la existencia de un recurso ordinario de carácter accesible y eficaz que permitiera un examen integral de la sentencia condenatoria, esto es, de acuerdo a los términos que desarrolla el artículo 8º.2.h) de la Convención Americana, en donde afirmó que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja no constituyeron en el caso concreto recursos eficaces para garantizar dicho derecho.

Por tal motivo, se adicionó que por la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión integral de la sentencia de condena del señor Mohamed y por la aplicación de unos recursos judiciales que

tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo, implicaron un incumplimiento del Estado Argentino del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida y regulada en el artículo 8º.2.h) de la Convención Americana.

De acuerdo a lo explicado, la **Corte Interamericana** determinó que el Estado argentino violó el derecho fundamental a recurrir integralmente una sentencia condenatoria en perjuicio del señor *Oscar Alberto Mohamed*.

Cabe señalar que si bien como argumento de defensa que asumió el Estado Argentino, fue el de argumentar que se encuentra permitido establecer **excepciones** al derecho a recurrir condenas penales, teniendo para ello en cuenta el **artículo 2º del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**, la Corte Interamericana fue nuevamente contundente en rechazar tal posición que es asumido en el **Sistema Europeo**, ya que, tales excepciones no se encuentran previstas ni reguladas en forma expresa en la Convención Americana. Por tanto, no es posible interpretar el derecho fundamental a recurrir integralmente sentencias condenatorias, en nuestro ámbito regional, en base o conforme al Sistema Europeo.

c. La reparación que deberá cumplir el Estado Argentino a favor del ciudadano Oscar Alberto Mohamed

Como parte de la reparación que deberá cumplir el Estado Argentino a favor de *Oscar Alberto Mohamed*, la Corte Interamericana estableció que la propia sentencia del 23 de noviembre de 2012 constituye por sí misma una forma de reparación.

Así también, se ha ordenado que el Estado Argentino debe cumplir con lo siguiente:

- Que se adopten las medidas necesarias para garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo condenatorio, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8º.2.h) de la Convención Americana.
- Que se adopten las medidas necesarias para que los efectos jurídicos de la referida sentencia condenatoria, así como de su registro de antecedentes, queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo garantizando el derecho del señor Oscar Alberto Mohamed a recurrir del fallo condenatorio.
- Que se publique, en un plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la sentencia que es materia de comentario con la presente, el resumen oficial de la sentencia elaborado por la **Corte Interamericana**, por una sola vez tanto en el diario oficial como en un diario de amplia circulación.
- Que se publique la sentencia en su integridad por un período de un año, en un sitio web oficial.
- Que se pague las cantidades fijadas en la sentencia por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos, así como reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana la cantidad establecida en la Sentencia.
- Que se rinda, dentro del plazo de un año contados a partir de la notificación de la sentencia, un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, por lo que, la Corte Interamericana supervisará su real y efectivo cumplimiento íntegro, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, dando por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

Conforme se puede apreciar, según **Jo Villalobos (2014)** una de las medidas que ha ordenado realizar la Corte Interamericana al Estado Argentino es aquella referida a que se adopten las medidas necesarias para garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo condenatorio de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8º inciso 2 literal h) de la Convención Americana, por lo que, con tal extremo de la decisión se ordena rescindir la sentencia de condena firme con valor de cosa juzgada, recurando con ello la presunción de inocencia (presunción de culpabilidad dejada sin efecto por ser una presunción *iuris tantum*).

Este parecer es asumido en la doctrina nacional, entre otros supuestos, por el profesor **San Martín Castro, César (2003)**, quien ha advertido que: “la sentencia condenatoria puede ser rescindida al ampararse una acción de revisión o una acción de garantía constitucional. En el primer caso lo hace la Corte Suprema. En el segundo caso la anulación del fallo condenatorio es obra de la Sala Especializada del Poder Judicial o, en mérito a un recurso extraordinario por el Tribunal Constitucional, al declarar fundada una acción de amparo o de hábeas corpus por vulneración del debido proceso o de una garantía de la ley penal. Otro caso de anulación puede provenir de un Tribunal Regional de Derechos Humanos, en nuestro caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al estimar que el Estado ha vulnerado los derechos fundamentales de un ciudadano previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos”.

Este mismo jurista **San Martín Castro (2003)**, reafirmando su posición, agrega lo siguiente: “Otro punto de discusión es si un fallo de un Tribunal Internacional puede ser una causal de rescisión de una sentencia condenatoria firme. En nuestro país, a raíz de lo dispuesto en la propia Convención Americana de Derechos Humanos y, específicamente, en la Ley Nº 27775, de 7 de julio de 2002, las sentencias de los Tribunales

Internacionales constituidos por tratados que han sido ratificados por el Perú se ejecutan en sus propios términos y, tratándose de resoluciones judiciales, según el artículo 4º *in fine*, se adoptarán las disposiciones pertinentes para la restitución de las cosas al estado en el que se encontraban antes de que se produzca la violación declarada por medio de la sentencia, lo que significa la rescisión de la sentencia firme”.

d. La obligación del juez nacional de someterse al control de convencionalidad con respecto a la sentencia de fondo expedida por la Corte Interamericana en el caso Mohamed vs. Argentina al aplicar e interpretar el Vigente Código Procesal Penal

Si bien es cierto que a la fecha ***La Corte Interamericana De Derechos Humanos*** ha tomado una posición jurisprudencial sobre la institución procesal de la condena del absuelto, en donde, para el caso en concreto, la parte demandada ha sido exclusivamente el Estado Argentino, es pertinente recordar que esta sentencia de fondo que se ha dictado será no sólo de obligatorio cumplimiento para el propio Estado Argentino, sino que la misma también vincula a todos los estados partes, como es el Estado Peruano, sin perjuicio de entender de que el Juez nacional se encuentra también sometido al Control de Convencionalidad, en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional, incluido nuestro Tribunal Constitucional, no sólo se encuentra vinculado a la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también a las decisiones que emita la Corte Interamericana.

En ese contexto, debe quedar establecido que nuestros Jueces se encuentran obligados a ejercer y a ejecutar el mencionado Control de Convencionalidad de oficio, esto es, sin que sea necesariamente requerido por algunas de las partes interesadas en el caso. Así también, el conocimiento y la aplicación del mencionado control invita a entender

que nuestra normatividad y nuestras prácticas deben adecuarse conforme a los estándares internacionales, evitando con ello, en un sentido preventivo, que más casos lleguen a conocimiento del Sistema Interamericano.

Dentro del análisis del caso en concreto, nuestros Jueces nacionales se encuentran obligados en tomar en cuenta los sustentos asumidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* a través de su Sentencia del 2 de julio de 2004, en donde al adscribirse a una previa posición asumida por el **Comité de Derechos Humanos**, hace resaltar lo siguiente: “166. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14° del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14° del Pacto”.

En forma coincidente y concordante, se debe valorar el pronunciamiento de la Corte Interamericana en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela* por medio de su Sentencia del 17 de noviembre de 2009, en donde al desarrollar el derecho fundamental a la doble conformidad judicial, explica como fundamento de su legitimidad lo siguiente: “89. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión 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”.

De acuerdo a lo que se viene analizando, el Juez nacional al apreciar la institución procesal de la condena del absuelto, deberá tener

en cuenta no solamente el caso *Mohamed vs. Argentina* (Sentencia del 23 de noviembre de 2012), sino que la misma deberá ser compulsada con los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Sentencia del 2 de julio de 2004) y *Barreto Leiva vs. Venezuela* (Sentencia de 17 de noviembre de 2009).

Por lo tanto, sea por lo resuelto hasta el momento a nivel nacional o por lo que se ha decidido en el Sistema Interamericano por medio de la Corte Interamericana, la institución procesal de la condena del absuelto se encuentra en plena efervescencia académica y jurisprudencial.

La importancia de la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos, ha sido destacada por nuestro Tribunal Constitucional a través de los **Expediente N° 00007-2007-PI/TC-colegio de abogados del callao** y **Expediente N° 2730-2006-PA/TC-Lambayeque-Arturo Castillo Chirinos**, al desarrollar, como parte de su doctrina jurisprudencial, lo siguiente:

- Que las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.
- Que el Estado peruano ha reconocido, como obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y a la aplicación de las disposiciones de la Convención Americana.
- Que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad, entre otros, con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

- Que interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte Interamericana, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección (cualidad reparadora).
- Que mediante la observancia de las decisiones de la Corte Interamericana, se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán sus sentencias condenatorias, de las que, en forma muy lamentable, nuestro país conoce en demasía, siendo obligación de todo poder público evitar que este negativo fenómeno se reitere (cualidad preventiva).

Que la relación que debe existir entre los tribunales internos y los tribunales internacionales, no es una relación de jerarquización sino que es una relación de cooperación en la interpretación *pro homine* de los derechos fundamentales.

2.5.6. Posiciones asumidas por los órganos jurisdiccionales del Perú

A. Posición asumida por la Corte Suprema de justicia

1. 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 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.

2. 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, 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* 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.

B. Posiciones de las Salas penales Superiores

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 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 4°, 14° 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° inciso 3, literal b) 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. 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°, inciso 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 N° 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

mergadas 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.

2.5.7. Efectos de la aplicación del 425° inciso 3 literal b, del Código Procesal Penal

A. 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 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.

B. 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 el que impugna 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.**

C. Trasgresión 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.

D. 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 1993, 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 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.***

E. 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, 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° inciso 2 y 425° inciso 3 literal b) 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 de 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.
 - 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.

Se señaló 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.

2.6. BASES LEGALES

- Constitución Política del Perú
- Ley Orgánica del Poder Judicial
- Código Procesal Penal
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Declaración Universal de Derechos Humanos

2.7. DEFINICIÓN DE TERMINOS BÁSICOS

Apelación: La Apelación es el recurso que interpone la parte que se considera lesionada por una sentencia pronunciada en primer grado, en solicitud de que la sentencia contra la cual se recurre sea reformada o revocada. Este recurso tiene su fundamento en el doble grado de jurisdicción de aquellas sentencias susceptibles del mismo por mandato de la ley, haciendo abstracción de aquellas a las cuales se les ha negado esta facultad.

Autopoyéticas: El estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter supranacional y supraindividual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse los derechos.

Causa petendi: Es la voz latina que significa en español "*causa de pedir*". En el ámbito del derecho procesal o adjetivo, la locución latina "causa petendi" se utiliza para definir cuáles son las pretensiones que el actor o quien inicia un juicio, pretende saciar a través de la incoación del procedimiento jurisdiccional intentado. En glosa y en abundancia a lo que podemos decir sobre esta voz propia del argot del derecho procesal, es de acotarse que en una contienda jurisdiccional existen habitualmente dos tipos de causas de pedir, a saber, una genérica y la otra específica. La genérica no es otra cosa más que el pedimento de justicia que mueve al actor a hacer uso del aparato de justicia que el Estado pone a su servicio; mientras que la específica se ve conformada por los puntos concretos de los que se ocupará finalmente la contención iniciada y son aquellos que precisamente proyecta obtener el demandante mediante la sentencia futura.

Condena: La condena está asociada a una sentencia, que es la resolución judicial que pone fin a un litigio. Esta sentencia reconoce la razón o el derecho a una de las partes involucradas en el proceso, obligando a la otra a cumplir con ciertas obligaciones. Si el acusado es encontrado inocente, resulta absuelto; en otras palabras, no se lo condena.

Derecho a la no Autoincriminación: La no autoincriminación constituye un Derecho humano, que permite que el imputado no pueda ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Este derecho deriva del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso en un Estado de Derecho; se configura como una de las manifestaciones del derecho de defensa, y en particular, es el deber que impone la norma de no emplear ciertas formas de coerción para privar al imputado de su libertad de decisión como informante o transmisor de conocimientos en su propio caso; reside, por último, en evitar que una declaración coactada del imputado pueda ser valorada como elemento de cargo en su contra. Si resultara externo y coactivo el estímulo que consiguiera afectar y forzar la declaración del imputado, éste adolecerá de

nulidad absoluta. Puede decirse que el derecho a no auto incriminarse tiene como fundamento el derecho natural que toda persona posee de intentar ocultar sus faltas, pues no podría exigírsele al ciudadano que vulnere su propia esfera jurídica a través de la declaración en su contra.

Desistimiento: Terminación anormal de un proceso por el que el actor manifiesta su voluntad de abandonar su pretensión, pero sin renunciar al derecho en que la basaba, es decir, que tiene la posibilidad de poder plantear la misma Litis posteriormente.

Due Process of Law: (La habitualmente denominada “Debido Proceso Legal Sustantivo”). Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas.

Erga omnes: Es una locución latina, que significa "respecto de todos" o "frente a todos", utilizada en derecho para referirse a la aplicabilidad de una norma, un acto o un contrato.

Error in iure: Existe error in iure cuando a causa de no haberse comprendido adecuadamente el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica a éste una norma distinta a la que debió en realidad aplicarse o se asigna a la norma aplicable un alcance equivocado.

Falibilidad: Que puede cometer una equivocación o tener un error.

Garantismo: El garantismo es una corriente de pensamiento criminológico de sesgo contractualista y utilitarista nacida en el seno de la Ilustración italiana que proporcionó a Estados modernos, ideas sustanciales para transformar el procedimiento judicial y suavizar la ejecución de la pena. Involucra al principio de legalidad, surgido para impedir la arbitrariedad del poder, con mecanismos que comprendieron la averiguación de la verdad a través de la oficialidad, la imparcialidad, la prontitud y la publicidad, como también la supresión de los castigos crueles y la proporcionalidad entre el delito y la pena. En la última parte del siglo XX el concepto trascendió el marco específico de la criminología, el derecho penal y la filosofía jurídica, para canalizar un programa

alternativo a los condicionamientos de mercado con los que funciona el Estado de derecho bajo la égida del neoliberalismo. La concepción de limitaciones a las arbitrariedades del Estado despótico que caracterizaron la emergencia del garantismo, se expandieron así hacia cualquier forma de ejercicio del poder (pública o privada), para colocar al derecho como garantía de los más débiles frente a los más poderosos.

Heteropoyética: El estado es considerado un medio legitimado únicamente con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y políticamente ilegítimo si no los garantiza.

In fine: Es un adverbio que significa al final, en la parte final. Usualmente se lo emplea para indicar que el aspecto de un texto que se invoca se encuentra en la parte final del mismo.

Inquisitivo: Es un término que procede del latín *inquisitivus* y que hace referencia a aquello perteneciente o relativo a la averiguación o la indagación. Cabe destacar que el verbo *inquirir* está vinculado a examinar, averiguar o indagar cuidadosamente algo.

Ius novorum: *Ius novum* o *Ius Novum* en latín significa Nueva Jurisprudencia en contrapartida al *Ius Vetum* (Vieja Jurisprudencia) , la Vieja Jurisprudencia fue la típica de la Roma republicana, en cambio el *Ius Novum* fue la jurisprudencia establecida en tiempos de la Roma Imperial.

Ius puniendi: Es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. Se traduce literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos.

Juicio justo: (*fair trial*) y/o la justicia de las decisiones; un juicio por un tribunal neutral e imparcial, se lleva a cabo a fin de respetar a cada parte el derecho al debido proceso exigidos por la legislación aplicable; de un proceso penal, que se respeten los derechos constitucionales del acusado.

Modus ponens: En lógica proposicional, *modus ponendo ponens* (en latín significa "la forma en que se afirma afirmando", generalmente abreviado MP o *modus ponens* o eliminación del implicado

es una forma simple de argumento válido y regla de inferencia. Se puede resumir como "*P* entonces *Q*; *P* se afirma siendo verdad, por lo que, por tanto, *Q* debe ser verdad." La historia del modus ponens se remonta a la antigüedad.

Modus tollens: En lógica proposicional, el 'modus tollens' (o *modus tollendo tollens* o también negación del consecuente) (en latín significa "el camino que niega al negar") es una forma de argumento válida y una regla de inferencia.

Ne bis in ídem: Es un derecho fundamental reconocido por la Constitución que prohíbe que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito. En otro sentido implica que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Ante un tribunal un acusado además de declararse *inocente* o *culpable* puede manifestar que *autrefois acquit* (en francés: *Ya he sido exculpado*) si ya ha sido encontrado inocente en un juicio previo así como *autrefois convict* (en francés: *Ya he sido condenado*) si el acusado ya fue enjuiciado y condenado.

Nemo iudex sine actore: En Derecho, se conoce la expresión latina '*nemo iudex sine actore*' No hay juicio sin actor, para designar el rol que juega un sujeto de derecho en una relación jurídica. En materia de derecho procesal, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual de algún interesado. Corresponde así a los propios sujetos de derecho la tutela de sus derechos, y en caso de sufrir lesión, deben acudir ante las instancias judiciales e iniciar el respectivo proceso. La reparación de la lesión o restitución del derecho no será llevada a cabo por iniciativa de los órganos judiciales ni jurisdiccionales. Recordemos también que los elementos dentro de los elementos esenciales en el Derecho Procesal son El Actor, El demandado y bien el aparato Judicial quien es quien regula el litigio entre las partes (Actor y Demandado), así mismo tutelara el derecho que surja con motivo de la sentencia, que será de hacer o no hacer.

Nomofilaquia: Persigue controlar la legalidad en la aplicación de la ley en las sentencias y controlar la unidad de la jurisprudencia (nomofilaquia).

Nomofilaxis: Protección de la norma jurídica.

Ratio legis: "Razón de la ley" o "razón legal." Es el fundamento que debe inspirar el contenido y alcance de las normas jurídicas que componen el Derecho positivo.

Recurribilidad: Se aplica a la sentencia o resolución contra la cual se puede recurrir.

Reformatio in peius: Es una locución latina, que puede traducirse en español como "reformular a peor" o "reformular en perjuicio", utilizada en el ámbito del Derecho procesal. La expresión se utiliza cuando, tras un recurso de apelación o de casación, el tribunal encargado de dictar una nueva sentencia resuelve la causa empeorando los términos en que fue dictada la primera sentencia para el recurrente como consecuencia exclusiva de la interposición de su recurso. En muchas ocasiones existe la prohibición de la *reformatio in peius* como una garantía procesal para el apelante, particularmente en materia penal. Sin embargo, suele ser muy habitual (salvo que la sentencia principal resuelva el asunto totalmente a favor de una de las partes) que sean ambas partes las que pueden recurrir al tribunal, en cuyo caso el tribunal podrá mejorar o empeorar la resolución, sujetándose a las peticiones de las partes.

Tantum devolutum quantum appellatum: Sólo se conoce en apelación de aquello que se apela. En virtud de tal principio lo no impugnado al apelar se tiene como consentido, sea beneficioso o perjudicial. A su vez, si el tribunal se pronuncia sobre algún punto extraño a la apelación, cabe recurrir en casación.

CAPITULO III
HIPOTESIS Y VARIABLES

3.1. HIPOTESIS Y VARIABLES

3.1.1. Hipótesis

Es probable que la modificatoria del Artículo 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, respecto de la condena del absuelto en segunda instancia garantice el principio de la pluralidad de instancias.

3.1.2. Operacionalización de Variables

a. Variable Independiente:

Variable	Dimensión	Indicador	Sub-indicadores
<i>Condena del Absuelto</i>	<i>Primera condena en segunda instancia</i>	<i>Primer fallo condenatorio en causar agravio al imputado</i>	<ul style="list-style-type: none">- <i>Derecho al recurso ordinario</i>- <i>Derecho a la tutela judicial efectiva</i>

b. Variable Dependiente:

Variable	Dimensión	Indicador	Sub-indicadores
<i>Principio de la pluralidad de instancias</i>	<i>Derecho a la impugnación</i>	Recurso ordinario	- <i>Apelación</i>
		Recurso extraordinario	- <i>Casación</i>

CAPITULO IV

METODOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de la investigación, es ***explicativo – analítico***, porque está basado en explicar y analizar la Condena del Absuelto, en el cual se debe considerar el derecho a la doble instancia para el condenado en segunda instancia, donde este tenga la oportunidad de impugnar el recurso ordinario (apelación), teniendo como finalidad modificar el artículo 425° inciso 3, literal b) del Código Procesal Penal, el cual está referido a la Apelación de Sentencias.

En esta investigación se realizó la búsqueda de teorías, las cuales han sido contrastadas con la realidad, lo que posibilitó identificar el fondo del problema.

4.2. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

a. Por su amplitud.

El trabajo de investigación es monográfico debido a que se ha realizado un estudio específico sobre la condena del absuelto en segunda instancia que vulnera el principio de la pluralidad de instancias, en la ciudad de Arequipa.

b. Por su alcance temporal.

El trabajo de investigación es actual porque se desarrolla en el año 2015, se trata de la condena del absuelto en segunda instancia que vulnera el principio de la pluralidad de instancias.

c. Por su relación con la práctica.

El trabajo de investigación es básica porque se va a desarrollar de acuerdo a la realidad, por lo que se tiene casos reales acreditados en las sentencias de las Salas Superiores y de la Corte Suprema, ya que se trata de la condena del absuelto en segunda instancia que vulnera el principio de la pluralidad de instancias, en la ciudad de Arequipa.

d. Por su naturaleza.

El trabajo de investigación es empírica, ya que se estudia indirectamente a través de la observación documental y la observación por encuesta, porque se trata de la condena del absuelto en segunda instancia que vulnera el principio de la pluralidad de instancias.

e. Por su carácter.

El trabajo de investigación es descriptivo porque es objeto de interés científico, se trata de la condena del absuelto en segunda instancia que vulnera el principio de la pluralidad de instancias.

4.3. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

El enfoque del presente trabajo de investigación está inclinado más a una investigación cualitativa, puesto que se empleara para conseguir información de circunstancias o hechos previos, utilizando herramientas como la información y la ficha de observación (conformado por el cuestionario); aplicando el recurso ordinario (apelación) en la condena del absuelto en segunda instancia, de esa manera garantizar el derecho fundamental de recurrir a una instancia superior para una revisión amplia del fallo condenatorio.

4.4. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo de investigación se aplicará el método explicativo; ya que se tiene que analizar las variables sobre la condena del absuelto en segunda instancia que vulnera el principio de la pluralidad de instancias.

4.5. POBLACIÓN

Está comprendida por el número de Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, del distrito de Cercado y los Módulos de Justicia de Paucarpata, Mariano Melgar, Cerro Colorado y Jacobo Hanter de la ciudad de Arequipa - 2015, siendo un total de 70 jueces.

a. Justificación:

Se ha escogido a los Jueces Penales, porque son personas conocedores y aplicadores del derecho, así mismo son los que deciden la libertad de una persona (acusado y/o imputado).

JUECES	N° de Jueces Penales
Módulo de Justicia de Paucarpata	15
Módulo de Justicia de Mariano Melgar	5
Módulo de Justicia de Jacobo Hunter	3
Módulo de Justicia de Cerro Colorado	2
Corte Superior de Justicia de Arequipa (Cercado)	45
TOTAL	70

4.6. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

4.6.1. Técnicas.

La técnica que se utilizará en el presente trabajo de investigación será la observación no participante, que permitirá conocer más de cerca, el problema de investigación.

4.6.2. Instrumentos.

En el presente trabajo de investigación se utiliza la ficha de observación, el cual se hizo como instrumento un cuestionario de 6 preguntas cerradas que consiste en respuestas “si o no”, que se sigue del cuadro de Operacionalización, para obtener un mayor rango de sinceridad en las mismas.

A. MATRIZ DE INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

a) Variable Independiente:

Variable	Dimensión	Indicador	Sub-indicador	Ítem
CONDENA DEL ABSUELTO	Primera condena en segunda instancia	Primer fallo condenatorio en causar agravio al imputado	<ul style="list-style-type: none"> - Derecho al recurso ordinario - Derecho a la tutela judicial efectiva 	<p>¿Cree usted que la condena del absuelto vulnera el derecho al recurso ordinario del condenado en segunda instancia?</p> <p>¿Considera usted que la condena del absuelto vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva?</p>

b) Variable Dependiente:

Variable	Dimensión	Indicador	Ítem
PRINCIPIO DE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS	Derecho a la impugnación	<ul style="list-style-type: none"> - Recurso de apelación - Recurso de casación 	<p>¿Qué recurso cree usted que debería interponer el condenado en segunda instancia?</p> <p>¿Cree usted que el condenado en segunda instancia tiene derecho al recurso de apelación de acuerdo al principio de la pluralidad de instancias?</p> <p>¿Considera usted que el recurso de casación es idóneo para el condenado en segunda instancia, según el principio de la pluralidad de instancias?</p>

4.6.3 Criterios de Validez y Confiabilidad de los Instrumentos

Este instrumento es confiable y válido, porque se han hecho las correcciones sobre las posibles fuentes de error. De esta forma los ítems o preguntas han sido corregidas, las instrucciones para el llenado del cuestionario han sido aclaradas, se ha recibido amplia colaboración de los sujetos y finalmente el cuestionario ha tenido una impresión de calidad.

Para ello, se sometió el instrumento al sistema de **juicio de expertos**, el cual se procedió de la manera siguiente:

- a) Seleccionan cuatro jueces o expertos, los cuales con su experiencia juzgarán de manera independiente los ítems del instrumento, calificando tres criterios:

- **Claridad.**
- **Congruencia.**
- **Tendenciosidad.**

- b) Una vez elegidos los cuatro jueces o expertos, se les entregará la ficha de validación del instrumento. En este caso se eligió a los jueces siguientes:

- Al docente y abogado **Héctor Huanca Apaza**, docente en la facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín, actualmente desempeña el cargo de Juez Superior en la Cuarta Sala Penal de Apelaciones del Poder Judicial de Arequipa.
- A la abogada **Vanessa M. Gamero Gómez**, quien actualmente desempeña el cargo de Fiscal Adjunta Provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Corporativa Arequipa del distrito fiscal de Arequipa.

- A la docente y abogada **Patricia Isabel Posadas Larico**, docente en la facultad de Derecho de la Universidad Alas Peruanas, actualmente desempeña el cargo de Especialista de Audiencia en la Primera Sala Penal de Apelaciones del Poder Judicial de Arequipa.
- Al abogado **Francisco Beltrán Vargas**, quien actualmente desempeña el cargo de Abogado Litigante en la ciudad de Arequipa.

c) Los jueces procedieron, en su calidad de expertos, a evaluar el instrumento en base a los criterios señalados, se recogieron los resultados de la evaluación y se analizaron las coincidencias y desacuerdos. Los ítems validados solo parcialmente y los excluidos fueron nuevamente reformulados y presentados para la nueva validación por los jueces.

Ítem	Congruencia		Claridad		Tendenciosidad	
	Si	No	Si	No	Si	No
¿Cree usted que el condenado en segunda instancia debería interponer algún recurso?	X		X			X
¿Cuál considera usted que es el recurso que debe interponer el condenado en segunda instancia?	X		X			X
¿Cree usted que la condena del absuelto vulnera el derecho al recurso ordinario del condenado en segunda instancia?	X		X			X
¿Considera usted que la condena del absuelto vulnera el derecho a la tutela	X		X			X

judicial efectiva?						
¿Cree usted que el condenado en segunda instancia tiene derecho al recurso de apelación de acuerdo al principio de la pluralidad de instancias?	X		X			X
¿Considera usted que el recurso de casación es idóneo para el condenado en segunda instancia, según el principio de la pluralidad de instancias?	X		X			X

d) Se Procede a la sumatoria de cada ítem que ha calificado cada juez.

Ítem	Congruencia		Claridad		Tendenciosidad	
	Si	No	Si	No	Si	No
1	A		A			A
2	A		A			A
3	A		A			A
4	A		A			A
5	A		A			A
6	A		A			A

CAPITULO V
ANALISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

5.1. ANALISIS DE DATOS

1.5.1. Elaboración del cuestionario de preguntas

Para analizar la siguiente herramienta se utilizó la técnica de encuesta que viene a ser el cuestionario y se aplicó a la población de manera no probabilístico, ya que dicha población es de 70 jueces penales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y de los distintos Módulos de Justicia de la ciudad de Arequipa.

JUECES	N° de Jueces Penales
Módulo de Justicia de Paucarpata	15
Módulo de Justicia de Mariano Melgar	5
Módulo de Justicia de Jacobo Hunter	3
Módulo de Justicia de Cerro Colorado	2
Corte Superior de Justicia de Arequipa (Cercado)	45
TOTAL	70

Tabla N° 1

El condenado en segunda instancia debería interponer algún recurso

ALTERNATIVA	f	%
a) Sí	65	92,86
b) No	5	7,14
Total	70	100%

Fuente: Cuestionario de preguntas para Jueces Penales (2015)

Descripción: De los 70 Jueces encuestados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa y en los diferentes Módulos de Justicia de la ciudad de Arequipa, se puede apreciar que 65 Jueces afirman que el condenado en segunda instancia si debería interponer algún recurso, lo cual representa el 92,86%. Por otro lado 5 Jueces consideran lo contrario, lo cual representa el 7,14%.

Interpretación: De las encuestas realizadas a los Jueces Penales en la ciudad de Arequipa, se ha demostrado que la gran mayoría de los jueces consideran que el condenado en segunda instancia si debería interponer algún recurso, ya que es un derecho del procesado, reconocido por la Constitución, por las normas internacionales y por el Código Procesal Penal.

Gráfico N° 1
El Condenado en Segunda Instancia debería Interponer Algún Recurso

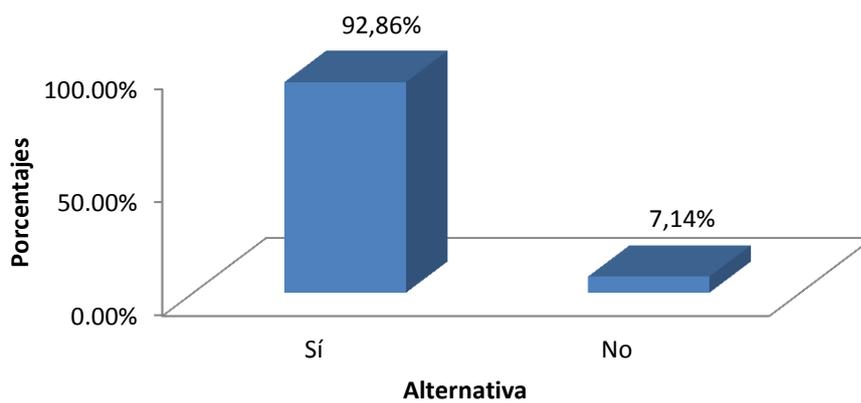


Tabla N° 2

El recurso que debería interponer el condenado en segunda instancia

ALTERNATIVA	f	%
a) Recurso de Apelación	40	57,14
b) Recurso de Casación	30	42,86
Total	70	100%

Fuente: Cuestionario de preguntas para Jueces Penales (2015)

Descripción: De los 70 Jueces encuestados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa y en los diferentes Módulos de Justicia de la ciudad de Arequipa, se puede apreciar que 40 Jueces consideran que el condenado en segunda instancia debería interponer el recurso de Apelación, que es equivalente al 57,14%. Por otro lado 30 Jueces consideran que el condenado en segunda instancia debería interponer el recurso extraordinario de la Casación, lo cual refleja el 42,86%.

Interpretación: De las encuestas realizadas a los Jueces Penales en la ciudad de Arequipa, se ha confirmado que la mayoría de los jueces consideran, que el condenado en segunda instancia debería interponer el recurso de Apelación; sin embargo nuestra norma Procesal Penal no lo permite, esto debido a que es posible que la Sala Penal Superior puede condenar por primera vez en sede de segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia, por lo que se puede apreciar, la condena recién existe y por primera vez ante *Ad Quem*, quedándole sólo el camino de cuestionarla por medio del limitado y restringido recurso extraordinario de la casación penal. Desamparando al condenado en segunda instancia de sus derechos y limitándosele la revisión amplia de su fallo condenatorio y la pena impuesta, además se vulnera las garantías que establecen los tratados internacionales, la Constitución y el Código Procesal Penal.

Gráfico N° 2
El Recurso que debería Interponer el
Condenado en Segunda Instancia

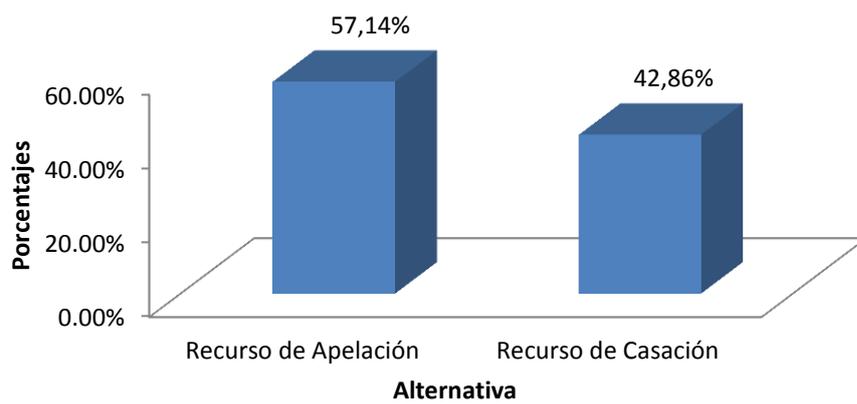


Tabla N° 3

**La Condena del Absuelto vulnera el Derecho al recurso ordinario del
condenado en segunda instancia**

ALTERNATIVA	f	%
a) Sí	42	60
b) No	28	40
Total	70	100%

Fuente: Cuestionario de preguntas para Jueces Penales (2015)

Descripción: De los 70 Jueces encuestados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa y en los diferentes Módulos de Justicia de la ciudad de Arequipa, se puede apreciar que 42 Jueces consideran que la Condena del Absuelto si vulnera el derecho al recurso ordinario del condenado en segunda instancia, lo cual representa el 60%. Por otro lado 28 Jueces consideran que la Codena del Absuelto no vulnera el derecho al recurso del condenado en segunda instancia, lo cual refleja el 40%.

Interpretación: De las encuestas realizadas a los Jueces Penales en la ciudad de Arequipa, se ha demostrado que la gran mayoría de los jueces consideran que la Condena del Absuelto si vulnera el derecho al recurso ordinario (Apelación) del condenado en segunda instancia, ya que se niega al procesado la interposición de dicho recurso que habilita la revisión de la que es en realidad, la primera condena, es decir, es el primer fallo en causar agravio al imputado, por lo que resulta inconstitucional y, por ende contrario a la orientación acusatorio garantista del vigente Modelo Procesal Penal.

Gráfico N° 3
La Condena del Absuelto vulnera el derecho al
Recurso ordinario del Condenado en Segunda
Instancia

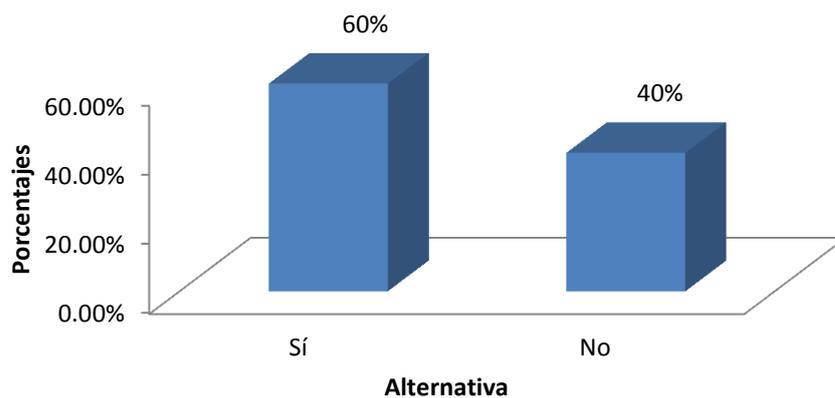


Tabla N° 4

La Condena del Absuelto vulnera el Derecho a la Tutela Judicial

Efectiva

<u>ALTERNATIVA</u>	<u>f</u>	<u>%</u>
a) Sí	46	65,71
b) No	24	34,29
Total	70	100%

Fuente: Cuestionario de preguntas para Jueces Penales (2015)

Descripción: De los 70 Jueces encuestados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa y en los diferentes Módulos de Justicia de la ciudad de Arequipa, se puede apreciar que 46 Jueces consideran que la Condena del Absuelto si vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual representa el 65,71%. Por otro lado 24 Jueces consideran que la Codena del Absuelto no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual representa el 34,29%.

Interpretación: De las encuestas realizadas a los Jueces Penales en la ciudad de Arequipa, se ha confirmado que la gran mayoría de los jueces consideran que la Condena del Absuelto si vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que se limita al condenado en segunda instancia el derecho a impugnar el fallo que le causa agravio, conforme en su oportunidad se le reconoce al Ministerio Público o a la Parte Civil. Por ende, esto resulta contrario al contenido Constitucional, a las normas internacionales y a la orientación del vigente modelo Procesal Penal.

Gráfico N° 4
La Condena del Absuelto vulnera el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva

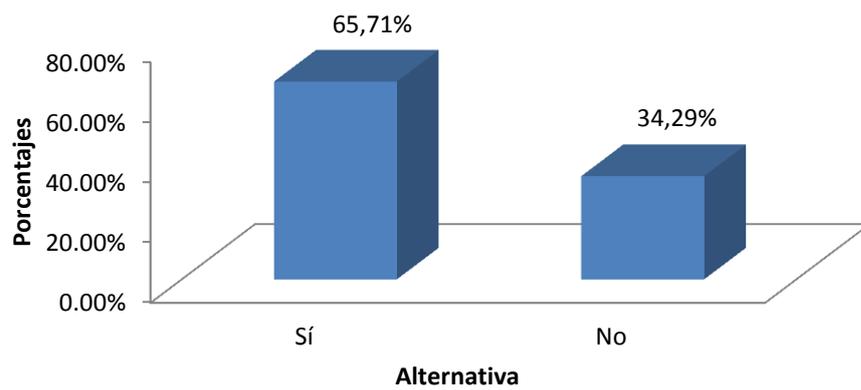


Tabla N° 5

El condenado en segunda instancia tiene derecho al recurso de Apelación según el principio de la pluralidad de instancias

ALTERNATIVA	f	%
a) Sí	43	61,43
b) No	27	38,57
Total	70	100%

Fuente: Cuestionario de preguntas para Jueces Penales (2015)

Descripción: De los 70 Jueces encuestados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa y en los diferentes Módulos de Justicia de la ciudad de Arequipa, se puede apreciar que 43 Jueces consideran que el condenado en segunda instancia tiene derecho al recurso de Apelación de acuerdo al Principio de la Pluralidad de Instancias, lo cual representa el 61,43%. Por otro lado 27 Jueces consideran lo contrario, lo cual representa el 38,57%.

Interpretación: De las encuestas realizadas a los Jueces Penales en la ciudad de Arequipa, se ha demostrado que la mayoría de los jueces consideran que el condenado en segunda instancia si tiene derecho al recurso de Apelación de acuerdo al principio de la pluralidad de instancias, ya que este principio 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. Por tanto la facultad de recurrir una resolución judicial como la sentencia, constituye una garantía constitucional, y al no respetarse dicha garantía se vulnera el principio de la pluralidad de instancias.

Gráfico N° 5
El Condenado en Segunda Instancia tiene derecho al recurso de Apelación segun el Principio de la Pluralidad de Instancias

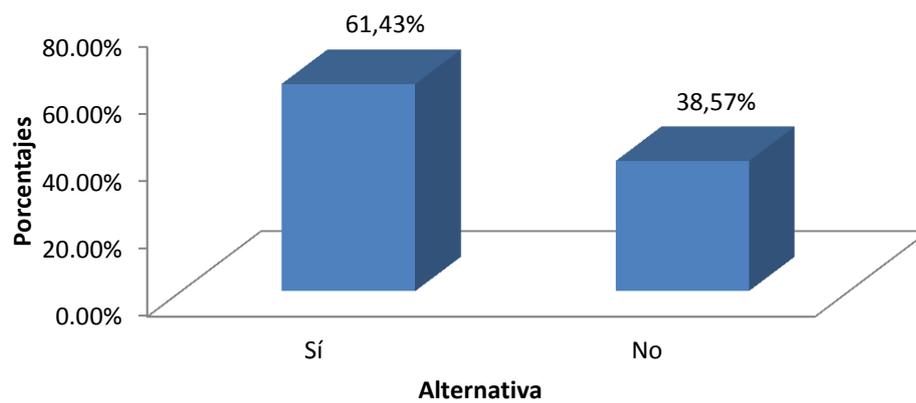


Tabla N° 6

El recurso de Casación es idóneo para el condenado en segunda instancia según el principio de la pluralidad de instancias

ALTERNATIVA	f	%
a) Sí	26	37,14
b) No	44	62,86
Total	70	100%

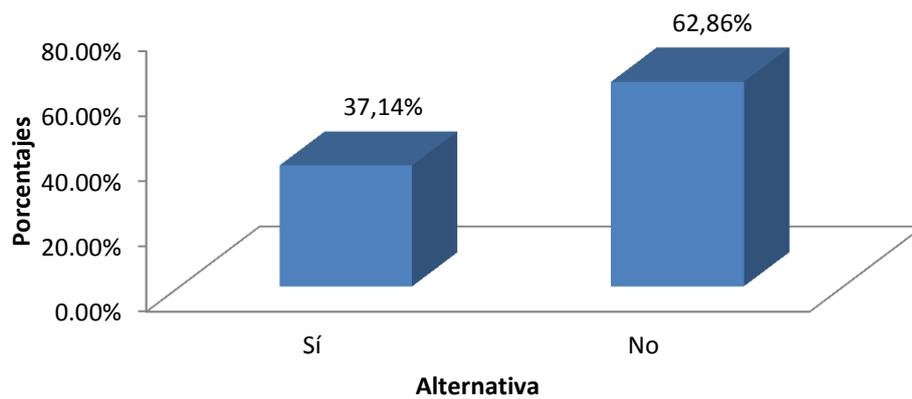
Fuente: Cuestionario de preguntas para Jueces Penales (2015)

Descripción: De los 70 Jueces encuestados en la Corte Superior de Justicia de Arequipa y en los diferentes Módulos de Justicia de la ciudad de Arequipa, se puede apreciar que 26 Jueces consideran que el recurso de casación si es idóneo para el condenado en segunda instancia, según el principio de la pluralidad de instancias, lo cual representa el 37,14%. Sin embargo, por otro lado 44 Jueces consideran que el recurso de casación no es idóneo para el condenado en segunda instancia, según el principio de la pluralidad de instancias, lo cual refleja el 62,86%.

Interpretación: De las encuestas realizadas a los Jueces Penales en la ciudad de Arequipa, se ha confirmado que la gran mayoría de los jueces consideran que el recurso de casación no es idóneo para el condenado en segunda instancia, según el principio de la pluralidad de instancias, ya que el derecho de impugnar el fallo condenatorio no es una posibilidad ni una facultad sometida al poder discrecional de los órganos de justicia, sino que, más bien consiste en un derecho directamente reconocido al imputado; derecho además que, para que se vea salvaguardado, no bastara con habilitar la casación como vía excepcional de impugnación, sino que requerirá de una efectiva revisión del fallo, conforme tuvo su oportunidad de ejercerlo el Ministerio Público o la Parte Civil. Por tanto, si se tiene como único medio impugnatorio al recurso de casación para el

condenado en segunda instancia, esto resulta inconstitucional y vulnera el derecho a la doble revisión de la condena.

Gráfico N° 6
El Recurso de Casación es Idóneo para el
Condenado en Segunda Instancia, segun el
Principio de la Pluralidad de Instancias



5.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DOCUMENTAL

Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos	Convención Americana sobre Derechos Humanos	Declaración universal de Derechos Humanos	Constitución Política del Perú	Código Procesal Penal	Ley Orgánica del Poder Judicial	Problema
<p>Artículo 14° inciso 5</p> <p>“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 revisión por un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.</p>	<p>Artículo 8° inciso 2 literal h)</p> <p>“Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”</p>	<p>Artículo 8°</p> <p>“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”.</p>	<p>Artículo 139° inciso 6</p> <p>La pluralidad de instancias.</p>	<p>Artículo 425° inciso 3, literal b)</p> <p>La sentencia de segunda instancia, 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.</p>	<p>Artículo 11°</p> <p>"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"</p>	<p>¿Por qué el Artículo 425° inciso 3 literal b) del NCPP, respecto de la condena del absuelto en segunda instancia vulnera el principio de la pluralidad de instancias, AQP-2015?</p> <p>Es probable que la modificatoria del art. 425°.3.b) del NCPP, respecto de la condena del absuelto en segunda instancia garantice el principio de la pluralidad de instancias</p>

La instalación del Código Procesal Penal significa uno de los más grandes cambios que se ha producido en nuestro país en materia de proceso, pues ha significado una remoción total de lo que significó el antiguo modelo inquisitivo mixto, basado en la escrituralidad y en una falta de independización de las funciones de investigación y de juzgamiento.

El nuevo modelo introduce una serie de garantías para una adecuada investigación y mejorar el servicio de administración de justicia y a la vez garantizar los derechos de los ciudadanos que se encuentran sometidos a un proceso; ***pero dentro de este cuerpo normativo se ha podido establecer que existen algunas disposiciones que no se condicen con el espíritu y sentir del nuevo modelo procesal penal y sobre todo contravienen los tratados internacionales; entre las que tenemos y una de las más reñidas es la Condena del Absuelto establecido en el artículo 425° inciso 3 literal b), el mismo que faculta al superior jerárquico, en este sentido “si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria”.*** Consideramos que esto resulta ser una flagrante vulneración del derecho de defensa y del respeto a los tratados internacionales.

Así, en ese orden de ideas, ***el derecho a impugnar el fallo es reconocido por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su artículo 8°, inciso 2, literal h "Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior",*** con esto se busca proteger el derecho de defensa y que dicho dispositivo legal se encuentra inequívocamente vinculado a la efectiva utilización de un recurso ordinario, accesible y eficaz; por consiguiente, todo ciudadano sometido a un proceso penal tiene derecho a tener a su alcance un recurso válido de impugnación cuando el resultado le es desfavorable, en este caso, la condena del absuelto es la primera condena; es decir, es el primer fallo en causar agravio al imputado; ***por tanto, esto contraviene de manera flagrante la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo que se***

refiere a las garantías de administración de justicia, específicamente la doble instancia.

Así también los pactos internacionales reconocen el derecho del justiciable a que su condena sea objeto de revisión; así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le hayan impuesto sean sometidos a un tribunal superior. También en su **artículo 8° la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho a un recurso efectivo del justiciable, ante los tribunales nacionales competentes cuando se vulneren derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.** Además de los tratados internacionales nuestra **Constitución establece en su artículo 139° inciso 6 “la pluralidad de instancias”, derecho que 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.**

Es por ello que, desde el punto de vista legal y partidario de la protección de los bienes jurídicos al amparo de las normas sustantivas y adjetivas penales para la lucha contra la criminalidad –condenar al absuelto–, se cree que está justificada. Sin embargo, haciendo una interpretación desde el punto de vista garantista, la facultad concedida al superior jerárquico de condenar al absuelto contraviene los derechos y garantías que los tratados internacionales, la Constitución y el Código Procesal Penal proclaman. **Se dice que el Código Procesal Penal es garantista porque establece un tipo de proceso que integra de modo redoblado garantías procesales o escudos protectores del imputado, que tienen que ser respetados por quienes imparten justicia para que esa imputación tenga validez, habida cuenta que, quien por estar**

sujeto a procesamiento no deja de ser persona ni pierde su dignidad de tal.

Entonces la facultad de recurrir una resolución judicial como la sentencia, constituye una garantía constitucional prevista en el artículo 139° inciso 6 de la Constitución Política del Perú, artículo 11° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y ellas encuentran un tratamiento específico en el Código Procesal Penal del 2004 en el numeral 4° del artículo I de su título preliminar y artículo 416° del anotado cuerpo legal.

Por tanto, la pluralidad de instancias, no significa solamente que el fallo sea analizado por un tribunal de grado superior, sin importar la naturaleza sustantiva y adjetiva que conlleve tal procedimiento en dicha instancia “apelación – casación”; ***sino este principio de la función jurisdiccional debe interpretarse a la luz de lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el Artículo 55° del mismo cuerpo legislativo supremo, concibiendo dicho principio, sistemáticamente con los preceptos internacionales de derechos humanos específicamente el Artículo 14° inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos norma que por su alto nivel de especificidad en el supuesto factico de la presente propuesta, conlleva a producir la conclusión de que la revisión de la condena corresponda privativamente a una instancia ordinaria.***

En consecuencia, se desprende que la revisión de la condena del absuelto no radica solamente en que la nueva sentencia de condena emitida por el *Ad Quem* sea evaluada por órganos jurisdiccionales de distintos niveles -Sala Penal de Apelaciones y Sala Suprema Penal- por el solo hecho de la denominación, como se prevé en la regulación de los recurso impugnatorios establecida en el Código Procesal Penal, ***toda vez que el absuelto en primera instancia por el Juez Unipersonal o el***

Juzgado Colegiado sería condenado por el Colegiado Superior, conforme a lo establecido en el Artículo 14° inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino en que el que estuvo absuelto e hipotéticamente puede devenir en condenado, carecería del ejercicio del recurso de apelación contra la condena y conforme al nuevo sistema solo le quedaría la única opción impugnatoria del recurso extraordinario de la casación.

Es por ello, que la condena del absuelto en segunda instancia, se construye sobre la base de un procedimiento deficiente, contrario al contenido constitucional y a la orientación del nuevo modelo Procesal Penal, y que ***restringe, 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.

Por tanto, de acuerdo a las normas establecidas anteriormente, podemos señalar que la Condena del Absuelto resulta una clara violación a los tratados suscritos por el Perú, porque más allá constituye una violación al derecho de defensa y sobre todo al derecho de todo ciudadano de impugnar una decisión judicial que no le favorece. Además de esto existe una afectación constitucional, dado que, la pluralidad de instancias no cumple con el doble grado de jurisdicción, como se puede observar del problema de investigación; así mismo se limita al imputado absuelto en primera instancia y condenado en segunda instancia el derecho al recurso ordinario, tal como lo reconoce las normas internacionales ***“el condenado tiene derecho de recurrir su fallo condenatorio ante un órgano superior”***.

5.3. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Como resultado de nuestra investigación en relación al artículo 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, el mismo que permite la Condena del Absuelto, mediante el cual faculta al superior jerárquico, en este sentido: *“Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria”*, podemos señalar que el condenado en segunda instancia si tiene derecho a interponer algún recurso de impugnación cuando se le cause agravio, tal como se comprueba de la **Tabla y Gráfico N° 1 y del Cuadro de Análisis e Interpretación Documental**, llegando a la conclusión que el condenado tiene derecho de recurrir su fallo condenatorio ante un órgano superior.

Por otro lado, está el recurso de Apelación, recurso que no está permitido para el Condenado Absuelto, sin embargo se ha demostrado que el condenado en segunda instancia si debería interponer el recurso de Apelación, ya que dicho recurso ofrece mayores garantías a las partes, tal como se corrobora de la **Tabla y Gráfico N° 2**; además la revisión de la condena corresponde privativamente a una instancia ordinaria, caso contrario, se estaría vulnerando el derecho del imputado a recurrir el fallo que le causa agravio, tal como se verifica de la **Tabla y Gráfico N° 3 y del Cuadro de Análisis e interpretación Documental**. A esto se agrega la teoría de **Favarotto Ricardo**, quien señala que se debe estipular la doble instancia, habilitando el reexamen de la sentencia definitiva, mediante el recurso de Apelación contra el fallo condenatorio o absolutorio, así mismo se tiene la teoría de **Vicente zurita**, quien hace mención a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que según este debe entenderse que el recurso, que contempla el artículo 8° inciso 2 literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser ordinario y eficaz, dando respuesta a la finalidad para la cual fue concebido, requiriéndose que el mismo sea accesible, evitando que se torne ilusorio, con independencia de su denominación, permitiendo el

examen integral de la decisión recurrida, sin limitar la revisión a aspectos formales o legales.

Así, se tiene que condenar a un absuelto sin tener opción a un recurso impugnatorio, se vulnera el derecho constitucional a la Tutela Judicial Efectiva, en la medida que la condena del absuelto es el primer fallo en causar agravio, tal como se verifica de la **Tabla y Gráfico N° 4**; en tanto que ese recurso impugnatorio debería ser el recurso de Apelación, según el principio de la pluralidad de instancias, ya que dicho recurso garantiza al imputado a que pueda recurrir la resolución judicial que lo afecta, ante una autoridad jurisdiccional superior, por tanto, es un derecho que tiene el condenado en segunda instancia de hacer uso del recurso de Apelación, ya que dicho recurso ofrece mayores garantías a las partes, tal como se corrobora de la **Tabla y Gráfico N° 5**. A esto se agrega la teoría de **Vicente Zurita**, quien señala que la garantía de la doble instancia *“otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, brindando mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado”*.

En cuanto al recurso de casación, dicho recurso si está permitido en la disposición de la Condena del Absuelto, lo cual no es idóneo para el condenado en segunda instancia, según el principio de la pluralidad de instancias, ya que la impugnación del fallo condenatorio no es una posibilidad ni una facultad sometida al poder discrecional de los órganos de justicia, sino que consiste en un derecho directamente reconocido al imputado, además se le reconoce el derecho a la doble revisión de la condena, cuyas configuraciones y ejercicios no se presentan cuando solo queda como medio impugnatorio la casación, debido a que únicamente se trata de una mera discusión de derecho y de distinta naturaleza (extraordinario), tal como se verifica de la **Tabla y Gráfico N° 6**.

Por tanto, de los resultados se llega a la conclusión de que la Condena del Absuelto si vulnera el principio de la pluralidad de instancias,

ya que se construye sobre la base de un procedimiento deficiente, contrario al contenido constitucional y a la orientación del nuevo modelo Procesal Penal, y además restringe el derecho del imputado a recurrir el fallo que le causa agravio, en ese sentido, no debe dejarse de lado que la doble instancia de nuestro sistema se incorpora en clave de garantía, y como mera secuencia para el control de los pronunciamientos de la judicatura. Así mismo se consideró insuficiente que solo se autorice contra la sentencia de segunda instancia el recurso de casación y no el de apelación, por constituir un recurso que mayores garantías ofrece a las partes.

Así el derecho a la pluralidad de instancias respecto a la condena, debe entenderse como la exigencia de cuando menos del recurso de Apelación, ya que la revisión de la condena corresponde privativamente a una instancia ordinaria.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

PRIMERA: Se analizó la Condena del Absuelto, el mismo que está establecido en el Código Procesal Penal, llegando a la conclusión de que dicha disposición restringe el derecho del imputado a recurrir el fallo que le causa agravio mediante el recurso ordinario, tal como se encuentra fundamentado en la Tabla N° 3, donde se aprecia que el 60% de los Jueces penales consideran que la condena del absuelto sí vulnera el derecho al recurso ordinario del condenado en segunda instancia, agregando a esto, que la teoría considera que todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia ante un tribunal superior, por lo que se debe estipular la doble instancia, habilitando el reexamen de la sentencia definitiva, mediante el recurso de apelación contra el fallo condenatorio o absolutorio.

SEGUNDA: Se analizó el Principio de la Pluralidad de Instancias respecto a la condena que exige de cuando menos del recurso de Apelación, llegando a la conclusión de que el condenado en segunda instancia tiene

derecho a recurrir la sentencia ante un tribunal superior, mediante el recurso de apelación, ya que el principio de la pluralidad de instancias es una de las garantías esenciales del debido proceso, y con él se busca que lo dispuesto por un Juez *A Quo*, pueda ser revisado por un órgano legal y funcionalmente superior, tal como se encuentra fundamentado en la Tabla N° 5 donde se aprecia que el 61,43% de los Jueces consideran que el condenado en segunda instancia sí tiene derecho al recurso de apelación, agregando a esto, que la teoría considera que el imputado debería tener derecho no solo a un doble juicio, sino también a un tercer juicio, cuando el primero fuera de absolución y el segundo de condena, cumpliéndose de esta manera con el derecho al doble conforme condenatorio.

TERCERA: Se analizó la Condena del Absuelto y el Principio de la Pluralidad de instancias, llegando a la conclusión que el acceso a una instancia superior corresponde a un derecho del justiciable, en esa medida la Condena del Absuelto sí vulnera el principio de la pluralidad de instancias establecido en el artículo 139° inciso 6 de la Constitución, al no habilitarse el derecho a impugnar un recurso ordinario para quienes son condenados por primera en sede de segunda instancia.

6.2. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda al Congreso de la Republica modificar el Artículo 425° inciso 3 literal b) del Código Procesal Penal, el cual se refiere a la Condena del Absuelto; ya que se ha demostrado que dicha disposición resulta una clara violación a los tratados suscritos por el Perú, tales como el artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y principalmente el artículo 14° inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, más allá de esto constituye una violación al derecho de defensa y sobre todo al derecho de todo ciudadano de impugnar una decisión judicial que no le favorece. Razón por la cual se

debe habilitar una instancia Suprema de Juzgamiento en revisión, donde el imputado tenga la posibilidad de interponer un medio impugnatorio ante un Tribunal Superior para la revisión amplia de su fallo condenatorio y la pena impuesta.

SEGUNDA: Se recomienda al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad de la Condena del Absuelto, por lo que contraviene los derechos y garantías que los Tratados Internacionales, la Constitución y el Código Procesal Penal proclaman, con el fin de garantizar la imparcialidad del Juez, así como el respeto irrestricto a las garantías que goza todo ciudadano sometido a un proceso penal.

TERCERA: Se recomienda a los Jueces Superiores que conforman la Sala Superior de Apelaciones, quienes tienen la facultad de condenar al absuelto, a que respeten lo dispuesto por los tratados internacionales, la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal, ya que la disposición de la Condena del Absuelto contraviene derechos y garantías directamente reconocidos al imputado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abregu, Martín. (1993). *“La sentencia, en AA.VV. El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico”*. Buenos Aires-Argentina: Editores del puerto, pág. 218.

Acuerdo Plenario N° 07-2009. *“Tema N° 7. Juzgados Penales de Investigación Preparatoria de Trujillo”*. Trujillo - Perú, 22 de Mayo del 2009.

Agrelo, Emilio. (1950). *“El concepto de gravamen en el proceso penal”*, en Revista de Derecho Procesal, Año VII, N° 3-4, (1ra parte), pág. 227 y Acosta José. (1978) *Agravio irreparable*, Buenos Aires, EDIAR, Pág. 181 y ss.

Alcácer Guirao, Rafael. (2012). *“Garantías de la segunda instancia revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación”*. Barcelona: InDret, Enero, pág. 1-5.

Alsina, Hugo. (1961). *“Tratado Teórico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”*. (Segunda Edición), Tomo IV. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores.

Alvarado Velloso, Adolfo. *“Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de Oficio”*. Tirant lo blanch. pág. 303.

AMAG. (2007). *“Código Procesal Penal – Manuales Operativos”*. Lima, Diciembre: Editorial Súper Gráfica EIRL. pág. 100.

Andrés Ibáñez, Perfecto. *“Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”*, en cuadernos. Pág. 119.

Aragoneses Alonso, Pedro. (1997). *“Proceso y Derecho procesal (Introducción)”*. (Segunda edición). Madrid - España: EDERSA, pág. 127.

Ariano Deho, Eugenia. (2003). *“Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso”*. En: Advocatus. No. 9. pág. 402.

Armenta Deu, Teresa. *“Principio Acusatorio: Realidad y Utilización, Lo Que Es y Lo Que No”*. Revista Ius Et Veritas N° 16.

Ascencio Mellado, José María. (1997). *“Introducción al Derecho Procesal”*. Tirant le Blanch libros. Valencia, pág. 27.

Avalos Rodríguez, Carlos. (1999). *“Determinación judicial de la pena y necesidad de motivación de la sentencia: una investigación sobre el cumplimiento del mandato constitucional de motivar la pena que se impone en el Distrito Judicial de La Libertad (1997-1998)”*. Tesis para

optar el título profesional de abogado presentada en la Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo-Perú, págs. 268 y ss.

Ayan Manuel, N. (1985). “*Recursos en Materia Penal, Principios Generales*”. Marcos Lerner Editorial, pág. 87.

Azpelicueta – Tessone. “*La Alzada. Poderes y Deberes*”. Platense, pág. 10.

Bacre, Aldo. (1992). “*Teoría general del proceso*”. (Tomo III). Buenos Aires - Argentina: Abeledo - Perrot, pág. 446.

Baumann, Juergen. (1986). “*Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*”. (Traducción de la tercera edición Alemana). Buenos Aires – Argentina: Depalma, pág. 49. Y Carrio, Alejandro D. (1994). “*Garantías constitucionales en el proceso penal*”. Buenos Aires – Argentina: Hammurabi, pág. 34.

Beling, Ernest. (1943). “*Derecho Procesal Penal*”. Traducción de Miguel Fenech. España: Editorial labor S.A. Pág. 247-248.

Beling. (1943). “*Derecho Procesal Penal*”. Córdoba. (Edición Castellana de Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba), trad. De Goldschmidt y Núñez, pág. 250.

Bernal Cuellar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett. (1995). “*El proceso penal*”. Universidad Extremado de Colombia, Colombia – Bogotá. Pág. 232.

Bernales Ballesteros, Enrique - Otarola Peñaranda, Alberto. (1998). “*La Constitución de 1993. Análisis comparado*”. (Cuarta edición). Lima - Perú: Constitución y Sociedad, págs. 641 y ss.

Bidart Campos, Germán J. (1986). “*La doble instancia en el proceso penal (La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica)*”. Buenos Aires. El Derecho, ED tomo 118 — (2001-b), *Formalismos rituales que han eludido la “verdad material” y “lo justo objetivo*”. Buenos Aires, La Ley, LL tomo 2001-B. pág. 879.

Binder Alberto. (1993). “*Introducción al derecho procesal penal*”. Buenos Aires: ad-hoc, pág. 154.

Binder, Alberto. (2000). “*Introducción al Derecho procesal penal*”. (2da edición). Ad Hoc SRL. Primera reimpresión. Argentina, Pág. 245.

Binder Alberto M. (2004). “*Introducción al derecho procesal penal*”. (2da edición). 3ra Reimp. Ad Hoc Buenos Aires, Enero, Pág. 285.

Binder, Alberto M. (2005). *“Introducción al Derecho Procesal Penal”*. Ad Hoc, Buenos Aires, pág. 286.

Bobbio, Norberto. (1998). *“Teoría General del Derecho”*. Debate. Madrid, pág. 33.

Boix Reig, Javier. *“La motivación de la individualización de la pena”*. En Cuadernos, pág. 193.

Burgos Mariños, Víctor. (2002). *“El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad”*. Lima-Perú, pág. 88 – 89.

Cáceres, Roberto E. y Ronald D. Iparraguirre. (2007). *“Código Procesal Comentado”*. Juristas Editores, pág. 485.

CADH. Artículo 8.2.h. establece *“Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”*.

Cafferata Nores, José. (2000). *“Proceso Penal y Derechos Humanos”*. Buenos Aires: Editores del Puerto. pág. 177-178.

Cafferata Nores. *“El respeto al principio de razón suficiente requiere la demostración de que un enunciado, solo puede ser así y no de otro modo”*. Cita Ghirardi, Olsen. (1998). *“La estructura lógica del razonamiento judicial, en Derecho y Sociedad N° 13”*. Lima - Perú, pág. 231.

Calamandrei, Piero. (1959). *“La Casación Civil”*. (Tomo II). Editorial Bibliográfica Argentina – Buenos Aires –, pág. 257.

Calamandrei, Piero. (1945). *“La Casación Civil”*. (Tomo II), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, pág. 271.

Calderón Cuadrado, M. Pía. (1996). *“Breves consideraciones sobre el recurso de apelación y el criterio de doble grado de jurisdicción, en Revista de Derecho Procesal (N° 3)”*. Págs. 560-568.

Calderón Cuadrado, M. Pía (2005). *“La segunda instancia penal”*. (Pamplona, Ed. Aranzadi).

Calderón Cuadrado, M. Pía (2008). *“Quince años de decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. España y el sometimiento de la sentencia penal condenatoria a un tribunal superior, en Arangüeña Fanego, C. y Sanz Morán, A. (coordinadores) La reforma de la Justicia Penal: aspectos materiales y procesales”*. (Valladolid, Ed. Lex Nova).

Cappelletti, M. (1972). *“La oralidad y las pruebas en el proceso civil”*. (Traducción Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América.

Caravantes. *“Tratado de los procedimientos Judiciales en Materia civil”*. Citado por Ibáñez Frocham, M. (1957). *“Tratado de los recursos en el proceso Civil”*. Buenos Aires, edición Bibliográfica Argentina. Pág. 65.

Carnelutti, Francesco. *“Derecho Procesal Civil y Penal”*. (Tomo II). Buenos Aires, Editorial EJEA.

Carocca Pérez, Alex. (1997). *“Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España, en Normas Legales N° 257”*. Trujillo - Perú, pág. 97.

Carrión Lugo, Jorge. (2000). *“Tratado de derecho procesal civil. Teoría general del proceso”*. (1ra. Edición). Volúmenes I y II. Editora Jurídica GRIJLEY. Lima.

Carrión Lugo, Jorge. (2003). *“El recurso de casación en el Perú”*. Editorial Grijley, pág. 340.

Carrera Túpac Yupanqui, Susan. *“Absuelto podrá ser condenado por superior jerárquico con el CPP de 2004”*. En:<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=6586>. Información obtenida con fecha 5 de agosto de 2015.

Carrera Túpac Yupanqui, Susan. (2011). *“El absuelto puede ser condenado por el ad quem en el CPP de 2004. ¿Dicha facultad vulnera el principio de la doble instancia?”*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 26, Editorial Gaceta Jurídica, Agosto, págs. 246-264.

Casación 06-2009 del 24 de abril de 2009. En el mismo sentido indicó en la Casación N° 05-2007 del uno de agosto de 2007, señalando que *“... contra el fallo de primera instancia el impugnante interpuso recurso de apelación, en consecuencia, también se cumple el presupuesto subjetivo del gravamen, a que se refiere el artículo cuatrocientos veintiocho, apartado uno, literal d) del citado Código Adjetivo ...”*.

Casación 06-2009, del 24 de abril de 2009, precisa que *“...se cumple el presupuesto procesal objetivo del recurso de casación, en tanto que el delito imputado al agente..., tiene señalado en la ley, pena privativa de libertad superior a los seis años”*.

Casarino Viterbo, Mario (1984). *“Manual de derecho procesal”*. (Tomo IV), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Castillo Córdova, Luis. (2007). *“Los Derechos Constitucionales, Elementos para una Teoría General”*. (Tercera Edición), Palestra Editores, Lima, pág. 403.

Chamorro Bernal, Francisco. (1994). *“La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución”*. Barcelona - España: Bosch, págs. 5 y ss.

Claria Olmedo. *“Voz Impugnación Procesal”*, publicada en Enciclopedia Jurídica Ameba, XV, Pág. 218.

Claria Olmedo, Jorge. (1962). *“Tratado de Derecho Procesal Penal”*. Ediar, Buenos Aires, T.V. pág. 452.

Comisión Andina de Juristas. (1997). *“Protección de los Derechos Humanos y Definiciones Operativas”*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
Conde-Pumpido Touron, Cándido. (1990). *“El juicio oral, en AA. VV. La reforma del proceso penal”*. Madrid - España: Tecnos, pág. 201.

Constitución Política del Perú. (1993). Artículo 55° establece: *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”*. Cuarta. Disposición final y transitoria de la Constitución, señala: *“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 ratificadas por el Perú”*.

Constitución Política del Perú. (1993). Artículo 139°. *“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 6. La pluralidad de la instancia”*.

Cordón Moreno. (1999). Pág. 184. Citado por Doig Díaz, Yolanda. (2004). *“El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación, en la Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004”*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo. Lima, agosto. Pág. 191.

Cortés Domínguez, Valentín. (1996). *“Los recursos, Recursos contra las resoluciones interlocutorias, en Gimeno Sendra Vicente. Derecho Procesal Penal”*. COLEX, Madrid. Pág. 633. El mismo Cortés Domínguez, *“sostiene que la impugnación no es sino el acto de la persona que siendo perjudicada por la sentencia, por su ilegalidad o injusticia, pretende su anulación o rescisión. La impugnación es contraria, por tanto, a la aquiescencia, es decir, a la voluntad de tener a la sentencia por buena a pesar de sus defectos”*. (Cortés Domínguez, Valentín. Los recursos. Los recursos no devolutivos en *Derecho Procesal Civil*. En Moreno Catena, Víctor. (1995). *Derecho Procesal Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 283.

Costa, Agustín. Citado por Tawil Guido Santiago. (1990). *“Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema de Justicia”*. Buenos Aires. Edición Depalma. Pág. 40.

Couture, Eduardo. (1958). *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*. De Palma Editores, Buenos Aires, pág. 340.

D'Albora, Francisco J. (1987). *“Curso de Derecho Procesal Penal”*. (T.II.). Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 138.

D'Albora, Francisco. *“Actualidad en la jurisprudencia penal”*. (L.L. - 1996-B-1265).

Debate Constitucional, Pleno de 1993. (1998). *“Constitución Política del Perú”*. (Tomo II), Lima, pp. 1281, 1284, 1307, 1311, 1314, 1316, 1317 y 1325.

De Guerra Villalaz, A. *“La casación penal”*. Dentro de FÁBREGA, et al Casación y Revisión. Pág. 275.

De La Plaza, Manuel. *“La Casación Civil”*. Editorial Centro de Estudios Ramos Areces, S.A.

De La Rúa, Fernando. (1968). *“El Recurso de Casación”*. Buenos Aires, Ed. Zavalía.

De La Oliva Santos, Andrés. (1997). *“El Derecho a los Recursos. Los problemas de la única instancia”*. En: Revista Tribunal de Justicia N° 10. pág. 980.

Del Valle Randich, Luis. (1969). *“Derechos Procesal Penal”*. Perú. Editorial Pérez Pacussich.

Devis Echandia, Hernando. (1994). *“Compendio de Derecho Procesal”*. (Edición 8va). Bogotá Colombia, Editorial Dike.

Devis Echandia, Hernando. (1996). *“Compendio de Derecho Procesal”*. Editorial ABC, Bogotá-Colombia.

Devis Echandia, Hernando. *“Estudios de Derecho Procesal, Presente y Futuro de la Casación Civil”*. Pág. 75.

Díaz, Iván. *“La doble instancia o doble grado de jurisdicción: la jurisprudencia y sus votos disidentes”*.

Díaz Méndez. (2002). *“El fundamento de los recursos descansa en la falibilidad del órgano judicial y en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte*

gravada por ella estime desacertada, para lo cual se le da posibilidad de la impugnación que el recurso supone". Pág. 684. Citado por Doig Díaz, Yolanda. *"El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación, en la Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004"*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo. Lima, agosto 2004. Pág. 190.

Doig Díaz, Yolanda. *"El recurso de apelación contra sentencia, Proyecto de Investigación BJU 2003-02136, Presente y futuro de la reforma Procesal Penal"*, pág. 544.

Doig Díaz, Yolanda. (2004). *"Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004. El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación"*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo. Lima, agosto. Pág. 190.

Doig Díaz, Yolanda. (2005). *"El recurso de apelación contra sentencias en el nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales"*. (Primera Edición). Palestra editores. Lima. Pág. 542.

Doig Díaz, Yolanda. (2005). *"El Recurso de Apelación contra Sentencias"*. En: Cubas Villanueva, Víctor y otros. *"El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales"*. Palestra Editores. Lima. págs. 545-546.

Edwards, Carlos Enrique. (1996). *"Las garantías constitucionales en materia penal"*. Buenos Aires - Argentina: ASTREA, pág. 107.

Esparza Leibar, Iñaki. (1995). *"El principio del proceso debido"*. Barcelona - España: José María Bosch, pág. 214.

Espinola Otiniano, Diómedes Hernando. (2015). *"Efectos de la condena del absuelto en aplicación de los Artículos 419° inciso 2 y 425° inciso 3, literal b) del Código Procesal Penal del 2004"*. Trujillo – Perú. Pág. 123-144 y 162-182.

Fairen Guillen, Víctor. (1990). *"Doctrina general del derecho procesal"*. Editorial Bosh, Barcelona. Pág. 479.

Falcón, Enrique. (1982). *"Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado"*. (Tomo II), Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 361.

Falcón, Enrique. (1983). *"Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado y comentado"*. (Tomo II), Buenos Aires, pág. 373.

Favarotto, Ricardo S. (2012). *"El derecho al doble conforme"*. Argentina. Pág. 4.

Fenech Miguel. (1952). “*Derecho Procesal Penal*”. (2da Edición). Volumen Segundo, Barcelona: Editorial Labor S.A. Pág. 38.

Fernández, Raúl. (1993). “*Los errores in cogitando en la jurisprudencia cordobesa, en AA. VV. La naturaleza del razonamiento judicial (el razonamiento débil)*”. Córdoba – Argentina: alveroni, pág. 117.

Fernández Entralgo, Jesús. (1990). “*Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988, en AA.VV. La reforma del proceso penal*”. Madrid – España: Tecnos, pág. 17.

Ferrajoli, Luigi. (1995). “*Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*”. Madrid, editorial. Trotta.

Ferrajoli, Luigi. (1996/B). “*Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia, en Nueva Doctrina Penal*”. Editores del Puerto, Buenos Aires, pág. 447.

Ferrante, Marcelo. (1995). “*La garantía de impugnabilidad de la sentencia penal condenatoria*”. En Ferrante, Marcelo y Sancinetti, Marcelo. “*Límites del recurso de casación según la gravedad de la sentencia penal condenatoria, Ad Hoc*”. Buenos Aires, pág. 42.

Garberí Llobregat en Gimeno Sendra, Garberí Llobregat y Conde-Pumpido. (2000). Tomo 6, pág. 436.

García Aran, Mercedes. (1997). “*Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*”. Navarra-España: Aranzandi, pág. 64. Choclan Montalvo, José Antonio. “*Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*”. Madrid – España: Colex, 1997, pág. 172. Abregu, Martin. “*La sentencia*”, en AA.VV. *El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. Buenos Aires – Argentina: Editores del Puerto, 1993, pág. 218. Maurach, R. – Zipf, H. – Gossel, K. Derecho, pág. 794 (Nº marg. 191). Boix Reig, J. “*La motivación...*”, pág. 199.

García del Rio, Flavio. (2002). “*Los recursos en el proceso penal*”. Ediciones Legales S.A.C. Lima. Pág. 10.

García Rada, Domingo. (1975). “*Manual de Derecho Procesal Penal*”. (Cuarta Edición). Editorial e Imprenta carrera S.A. Lima, enero. Pág. 233. Gallinal, Rafael. *Manual de Derecho Procesal Civil*. (Tomo II), Buenos Aires, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.

García Ramírez, Sergio. “*Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”. Voto concurrente razonado. Numeral 31.

García toma, citado por Valcárcel Laredo, Lilia Judith. (2008). “*La pluralidad de instancias*”. Abogada, Lima – Perú.

Garberí Llobregat, J. (1998). “*La Apelación de las Sentencias Penales a la Ley de la Constitución. Actualidad Jurídica, Aranzada*”. Pág. 331. En Gimeno Sendra, Vicente. (2007). *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, pág. 717.

Gascón Abellán, Marina. “*La teoría del garantismo a propósito de la obra de Luigi Ferrajoli -Derecho y Razón-*”. pág. 195.

Geldres Bendezú, Julio (2000). “*Separata de Derecho Romano I*”. Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Gernaert Willmar, Lucio. (1985). “*Manual de los Recursos*”. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 28.

Ghirardi, Olsen. (1998). “*La estructura lógica del razonamiento judicial, en Derecho y Sociedad N° 13*”. Lima - Perú, pág. 231.

Gimeno Sendra, Vicente. (1997). “*Introducción al Derecho procesal*”. (Segunda edición). Madrid - España: COLEX, pág. 261.

Gimeno Sendra, Vicente y otros. (2000). “*Los Procesos Penales*”. Barcelona, Bosch, pág. 405-428.

Gimeno Sendra, Vicente. (2007). “*Derecho Procesal Penal*”. Colex, Madrid, pág. 717.

Giovanni Leone. “*Tratado de Derecho Procesal Penal*”. (Tomo III). Pág. 41.

Goldschmidt, James. (1936). “*Derecho Procesal Civil*”. (Traducción de la Segunda Edición Alemana por Leonardo Prieto Castro), con adiciones sobre la doctrina y la legislación Española Niceto Alcalá Zamora Castillo, Editorial Labor S.A. Barcelona.

Gómez Colomer, Juan-Luis. (1997). “*El proceso penal español*”. Edit. Tirant lo blanch. Valencia. Pág. 58 y ss.

Gómez Orbaneja, E. y V. Herce Quemada. (1954). “*El Derecho Procesal Penal*”. Volumen II, (4ta Edición). Pág. 376.

Gozaini Oswaldo, Alfredo. (1993). “*Teoría General de la Impugnación, en AA.VV. Recursos Judiciales*”. Ediar, Buenos Aires.

Guash Fernández, Sergi. (2003). “*El sistema de impugnación en el Código Procesal Civil del Perú. Una visión de derecho comparado con el*

sistema español, en Derecho Procesal Civil". Congreso internacional, (Primera edición). Lima: Colección encuentros. Fondo de desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. Pág. 166.

Häberle Peter. (2003). *"La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn"*. Dykinson Madrid. Pág. 40.

Hinostroza Mínguez, Alberto. (1999). *"Medios Impugnatorios"*. (1ra Edición), Perú: Editorial Gaceta Jurídica. Pág. 105.

Hinostroza Mínguez, Alberto. (2002). *"Medios Impugnatorios en el Proceso Civil"*. Perú: Editorial Gaceta Jurídica. Pág. 362.

Hitters, Juan Carlos. (2004). *"Técnica de los Recursos Ordinarios"*. Platense, La Plata, pág. 56.

Huayllani Choquepuma, Walther. (2011). *"Condena del absuelto, la restricción del derecho a impugnar: análisis de la ejecutoria recaída en la Consulta 2491-2010 (Arequipa)"*. En: Jus Liberabit – Revista Informativa y de Actualidad Jurídica, Corte Superior de Justicia de Ica, Año I – N° 6, junio, pág. 123-135.

Iparraguirre, Ronald D. (2007). *"Código Procesal Comentado"*. Juristas Editores; pág. 485.

Jerí Cisneros, Julián Genaro. (2002). *"Teoría general de la impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar a la apertura de instrucción por el agraviado"*. Tesis Digitales UNMSM, Lima – Perú. Pág. 29 – 43.

Jo Villalobos, Daniel Luis. (2014). *"Comentarios a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Mohamed vs Argentina"*.

Jori, Mario. (1993). *"La cicala e la formica", en le Ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli, L. Giaformaggio (Edición). Turín, Giapichelli, pág. 66.*

Juicios Justos. (1998). *"Manual de Amnistía Internacional"*. Madrid, Editorial Amnistía Internacional. Pág. 25.

Liebman Enrico, Tulio. (1980). *"Manual de Derecho Procesal Civil"*. EJE, Buenos Aires, Pág. 478.

Linares, Julio. Citado Herward Layme Zapata. *"La casación penal en la corte suprema de justicia del Perú"*. Pág. 89.

López barja de Quiroga, Jacobo. (1992). “*La motivación de las sentencias, en cuaderno de derecho judicial. La sentencia penal*”. Madrid – España: consejo general del poder judicial, pág. 98.

López Garrido, Diego y Otros. (2000). “*Nuevo Derecho Constitucional Comparado*”. Edit. Tirant lo blanch. Valencia. Pág. 162 y ss.

Lorca Navarrete, A. (2008). “*La garantía procesal del derecho al recurso en Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*”. (Vol. 20, N° 3).

Loutayf Ranea, Roberto G. (1989). “*El recurso ordinario de Apelación en el Proceso Civil*”. (Volumen 1). Buenos Aires, editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Pág. 79.

Luzón Domingo. (1993). “*La Casación Recursos Extraordinario por Antonomasia*”. España, Editorial Artes Gráficas.

Maier, Julio B. J. (1996). “*Derecho procesal penal argentino*”. Tomo I. (2da Edición), Buenos Aires - Argentina: Editores del Puerto, pág. 706.

Maier, Julio B. J. (2002). “*Derecho procesal penal*”. Tomo I Fundamentos. (2da Edición). 2da Reimp. Editorial del Puerto SRL. Buenos Aires. Pág. 705 – 707.

Maier, Julio B. J. (2003). “*Derecho procesal penal*”. Tomo II. Parte General. (1ra Edición). Editorial del Puerto SRL. Buenos Aires. Pág. 506.

Maier, Julio B. J. (2004). “*Derecho procesal penal*”. (Tomo I). Editores del Puerto, Buenos Aires. Pág. 271.

Mamani Carlo, Luis Félix. “*La pluralidad de la instancia*”. Constitución Política del Perú, artículo 139° inciso 6.

Martínez Arrieta, Andrés. (1993). “*El Recurso de Casación Penal*”. Madrid: Colex.

Maurich, Reinhart – Zipf, Heinz – Gossel, (1995). “*Derecho Penal 2*”. Buenos Aires – Argentina: astrea, traducción de la séptima edición alemana, pág. 796 (N° marg. 195). Boix Reig, Javier. “*La motivación de la individualización de la pena*”, en cuadernos..., pág. 193. López De La Barja De Quiroga, J. “*La motivación...*”, pág. 98.

Mejía, Jerónimo. Citado por Herward Layme Zapata. “*La casación penal en la Corte Suprema de Justicia del Perú*”. Pág. 24.

Mixán Mass, Florencio. (1990). “*Derecho procesal penal*”. (Segunda edición). Tomo 1, Trujillo - Perú: Marsol, págs. 241 y ss.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. (1979). *“Principios de Derecho Procesal Civil”*. (Segunda edición). Bogotá – Colombia, Editorial Temis. Pág. 336.

Monroy Gálvez, Juan. *“Los medios impugnativos en el Código Procesal Civil”*. En revista Iuset Veritas, Año III, N° 5. Pág. 25-26.

Monroy Gálvez, Juan. (1992). *“Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil”*. En Revista Ius Et Veritas, Perú año III, N° 5, Editorial Tinto S.A. Pág. 21.

Monroy Gálvez, Juan. (2003). *Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil en “La formación del proceso Civil Peruano. Escritos reunidos”*. Comunidad. Lima, mayo. Pág. 196.

Montero Aroca, Juan. (1997). *et al. “Derecho Jurisdiccional III”*. Proceso Penal. (Sexta Edición). Valencia – España: Tirant lo Blanch, pág. 31.

Montero Aroca, Juan. (1998). *“Imparcialidad o Incompatibilidad. Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales”*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 332.

Montero Aroca, Juan y Flors Matíes, José. (2001). *“Los recursos en el proceso civil”*. Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 32.

Montesquieu. (1972). *“Del espíritu de las leyes – 1748”*. Tecnos Madrid. Libro I, Cap. III, pág. 54.

Montón Redondo en Montero Aroca, et al. (2002). Tomo III, pág. 368. Citado por Doig Díaz, Yolanda. *“El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación”*, en *la Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo. Lima, agosto 2004. Pág. 198.

Moreno Catena, Víctor - Cortes Domínguez, Valentín - Gimeno Sendra, Vicente. (1997). *“Introducción al Derecho procesal”*. (Segunda edición). Madrid - España: COLEX, pág. 261.

Neyra Flores, José Antonio. *“Los medios impugnatorios penales”*. Pág. 5 – 29.

Novak, Fabián. (1996). *“Las Garantías del Debido Proceso”*. (Primera Edición). Materiales de Enseñanza PUCP. Octubre. Pág. 71.

Núñez Pérez, Fernando Vicente. (2013). *“La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el Nuevo Código Procesal Penal”*. Editorial Grijley y Iustitia, Enero, págs. 51-58.

Ore Guardia, Arsenio. (1999). *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. (Segunda Edición). Edit. Alternativas. Lima. Pág. 56,57 y 564.

Oré Guardia, Arsenio. (2011). *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. (Primera Edición). Tomo 1, Editorial Reforma, Diciembre.

Oré Guardia, Arsenio. (2011). *“La condena del absuelto. Documento Complementario”*. En: Jus Liberabit – Revista Informativa y de Actualidad Jurídica, Corte Superior de Justicia de Ica, Año I – N° 6, junio.

Ortells Ramos, Manuel. (1994). *“Derecho Jurisdiccional”*. (Tomo III). Bosch. Pág. 421.

Palacios Pimentel, Lino Enrique. (1947). *“Derecho procesal civil”*. (Tomo III), Abeledo – Perrot, N° 211, pág. 7 y 8.

Palacios Pimentel, Lino Enrique. (1974). *“Derecho procesal Civil”*. (Tomo V), Buenos Aires, pág. 79.

Palomo Del Arco, Andrés. (2008). *“La nueva configuración del recurso de apelación, en La reforma de la justicia penal”*. Valladolid (Lex Nova), pág. 244.

Pérez Royo, Javier. (2000). *“Curso de Derecho Constitucional”*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. págs. 264-265.

Pico I Junoy, Joan. (1997). *“Las garantías constitucionales del proceso”*. Barcelona - España: José María Bosch, pág. 131.

PIDCP. Artículo 14.5 que 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”*.

Piechenstein, Ana Clara. *“El recurso: de mecanismo de control a garantía”*. Págs. 163-183.

Prieto Castro, Leonardo. *“Derecho Procesal Civil”*. Editorial Revista Derecho Privado.

Protocolo 7 del Convenio Europeo. Artículo 2°. Para la *“Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para*

infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución”.

Quintero Velazco, Daniel. (1962). “*Consideraciones Generales sobre los Recursos de Apelación y Recusación y sus trámites*”. (Tomo VII Números 35-36). En ciencias jurídicas y sociales julio – diciembre. Pág. 35.

Quintero, Beatriz - Prieto, Eugenio. (1995). “*Teoría general del proceso*”. Bogotá - Colombia: Temis, pág. 222.

Ramírez del Villar. “*Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979*”. (Tomo VII). Edición Oficial. Pág. 229. Citado por Priori Posada, Giovanni F. *Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. Advocatus*. Revista editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. N° 9. Lima, 2003-II, páginas 405 a 422. Publicado también en: *El Proceso Civil. Enfoques Divergentes*. [“Cuestionando el doble grado de jurisdicción”]. Ed. Iuris Consulti S.A.C., Lima, noviembre 2005. Págs. 83-103.

Ramos Méndez, Francisco. (1992). “*El proceso penal*”. Tercera lectura constitucional. Barcelona - España: Jesús María Bosch, (Tercera edición), pág. 34.

Real Academia Española. (2001). “*Diccionario de la lengua española*”. (22ª Edición), España.

Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Lima. Págs. 400-4003.

Rizzutto, Gabriela. “*Es la casación control suficiente a los fines previstos por la Convención americana de derechos humanos*, en LL, DJ, 1997-1-823, Pág 823, citada por Borinsky, Mariano y Miño, Leonardo. *La efectividad de algunas normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, a nivel del funcionamiento real del sistema de persecución penal estatal. ¿Más Derecho?*”. Pág. 274.

Rodríguez Fernández. (1999). pág. 8. Citado por Doig Díaz, Yolanda. “*El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación, en la Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004*”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo. Lima, agosto 2004. Pág. 196.

Roxin, Claus. (2000). “*Derecho Procesal Penal*”. Editores del Puerto, Buenos Aires, pág. 445.

Roxin, Claus. (2000). *“Derecho Procesal Penal”*. Editores del Puerto, (trad.) Córdoba, Gabriela y Pastor, Daniel, pág. 446.

Rubio Correa, Marcial. (1993). *“El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho, sexta edición”*. Lima: Colección de Textos Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 301.

Ruda, José María. *“Sesión del 24 de noviembre de 1959, tal como lo recordó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una sentencia dictada hace unos cuantos años”* (CSJN, “Arce, Jorge Daniel” del 14/10/1997, Fallos: 320:2145).

Sagüés, Néstor P. (1988). *“La instancia judicial penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica”*. Buenos Aires, La Ley, LL tomo 1988-E, pág. 160. Citado Favarotto Ricardo S. (2012). *El derecho al doble conforme*. Argentina. Pág. 4.

Salmon, Elizabeth y Blanco, Cristina. (2012). *“El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (Primera Edición), Febrero, págs. 48-52.

San Martín Castro, César. (1999). *“Derecho procesal penal”*. (Volumen I). Lima - Perú: Grijley, pág. 51.

San Martín Castro, Cesar. (1999). *“Derecho procesal penal”*. (Volumen II). Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima. Pág. 671.

San Martín Castro, César Eugenio. (2003). *“Derecho Procesal Penal”*. (Segunda Edición). Editorial Grijley, pág. 992 y 1548.

Sánchez Velarde, Pablo. (2004). *“Manual de Derecho Procesal Penal”*. Editorial IDEMSA, Lima - Perú, mayo. Pág. 861-862.

Santiago Tawil, Guido. (1990). *“Recurso Ordinario de Apelación ante la Corte Suprema de Justicia”*. Buenos Aires - Argentina, Editorial Depalma, pág. 41.

Schünemann, Bernd. (2005). *“La reforma del proceso penal”*. Madrid (DYKINSON), pág. 94.

Sentencia del 2 de Julio de 2004. Caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica. *“La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal Imparcial en el ejercicio de su función cuenta con la mayor objetividad para enfrentar el Juicio, esto permite a su vez, que los tribunales inspiren confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”*.

Silva Vallejo, José Antonio. (2009). *“Pensamiento Jurídico y Filosófico”*. Edición Mayo, pág. 363.

Simons Pino, Adrián. *“El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales”*. Manuscrito.

Stein. *“Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”*. Citado por Andrés Ibáñez, Perfecto. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, en Cuadernos. Pág. 146.

Talavera Elguera, Pablo. (2004). *“El Nuevo Código Procesal Penal”*. Editorial Grijley, pág. 92.

Tedesco, Ignacio F. (1997). *“El concepto de sentencia definitiva en la jurisprudencia de la Cámara de casación y de la Corte Suprema”*. *¿Un nuevo recurso de casación? Una historia sobre agentes encubiertos, libertades y otras excepciones*. En Nueva Doctrina Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, (vol. 1997/B), pág. 797.

Tocora, Fernando. (1990). *“Política criminal en América Latina”*. Bogotá – Colombia: ediciones librería del profesional, pág. 95.

Tonini, Paolo. (2005). *“Manuale di Procedura Penale”*. (6ª edizione), Milano (Giuffrè Editore), pág. 813.

Torres Romero, Jorge Enrique. Citado por Herward Layme Zapata. *“La casación penal en la corte suprema de justicia del Perú”*. Pág. 30.

Tuesta Silva, Wilder. (2010). *“La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia”*. Tesis para optar el Título de Magister en Derecho con mención en Derecho procesal, Lima – Perú. Pág. 3.

Vázquez Rossi, Jorge E. (1997). *“En sintonía conceptual, subraya la importancia que reviste el hecho que “la regulación internacional ha tendido vigorosamente a ubicar e instrumentar el tema de los recursos dentro de las garantías fundamentales que condicionan y limitan el poder punitivo del Estado”*. Pág. 468.

Vélez Mariconde, Alfredo. (1982). *“Derecho procesal penal”*. Tomo I. Córdoba – Argentina: Marcos Lerner, (Reimpresión de la tercera edición). Pág. 364. López Barja De Quiroga, Jacobo. (1992). *La motivación de las sentencias*, en Cuadernos de Derecho Judicial. La sentencia penal. Madrid – España: Consejo General del Poder Judicial, pág. 98. Conde-Pumpido Tournon, C. *“El juicio...”*, pág. 201.

Vescovi, Enrique. (1988). “*Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*”. Ediciones Depalma.

Vescovi, Enrique. (1998). “*Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*”. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Pág. 12 y ss.

Ver de la Rúa, Fernando. (1968). “*El recurso de Casación*”. Buenos Aires. Edición Zavalía. Pág. 99.

Vicente Zurita, Raúl. (2010). “*La doble instancia, “ultra garantía” contempla en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humano*”. La Plata, Setiembre. Pág. 1-17.

Vives Antón, Tomás Salvador. (1992). “*Il La reforma del proceso penal*”. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Valencia - España: Tirant lo blanch, pág. 44.

Zagrebelsky, Gustavo. (1997). “*El derecho ductil. Ley, derecho, justicia*”. Trotta, (Segunda Edición). Madrid, pág. 16.

Zambianchi, Jorge y otros. (2000). *CSJN, 15-2-2000, L.L. 2000-C-36* citada por Gozaini (Osvaldo Alfredo).

Zipf, Heinz. (1979). “*Introducción a la política criminal*”. Jaén – España: Edersa, Traducción de la edición alemana, pág. 111.