



CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN AÑO 2018

“Análisis y perspectivas del sistema de recursos en el proceso penal peruano”

Autor:

Dr. JOSE ANTONIO NEYRA FLORES

INVESTIGADOR PRINCIPAL

ÍNDICE

ÍNDICE	2
I.- INTRODUCCIÓN	5
II.- ASPECTOS GENERALES.....	7
1.- Los medios de impugnación	7
1.1.- Naturaleza jurídica de la impugnación.....	7
1.3.- Fundamento de los medios impugnatorios.....	9
1.4.- Sistemas procesales y las vías de impugnación que reconocen:	10
1.5.- Presupuestos.....	16
1.6.- Efectos.....	18
1.7.- Clases	21
III.- EL SISTEMA DE RECURSOS.....	33
1.- Reconocimiento constitucional	33
1.1.- Derecho fundamental al recurso.....	34
1.2.- Regulación en el Derecho Internacional	37
1.3.- Criterios internacionales.....	38
2.- Concepto y características	43
3.- Finalidad	44
4.- Clasificación de los recursos	45
4.1.- Por el órgano revisor.	45
4.2. Por la resolución recurrida.....	45
4.3.- Por el ámbito de la impugnación.....	46
4.4.- Por sus efectos.....	46
5.- Principios de los recursos	47
5.1.- Principios generales del recurso:.....	47
5.2.- Principio dispositivo:	47
5.3.- Principio <i>tantum devolutum quantum apelatum</i>	47
5.4.- Prohibición de la reforma en peor	48
5.5.- Poder de reparación o integración:.....	48
5.6.- Desistimiento:	49
5.7.- Principio de legalidad:	49
5.8.- Principio de trascendencia:	49
5.9.- Principio de formalidad:.....	50

5.10.- Principio de unicidad:	50
6.- Presupuestos procesales.....	50
6.1.- Presupuestos subjetivos.....	50
6.2.- Presupuestos objetivos.....	51
IV.- RECURSO DE APELACIÓN	52
1.- Origen y evolución:	52
2.- Los sistemas de apelación	53
2.1.- La apelación plena	53
2.2.- La apelación limitada	53
3.- En la legislación comparada.....	54
3.1.- España:	54
3.2.- Puerto Rico.....	56
3.3.- Costa Rica:	57
4.- El quantum de lo impugnado	58
4.1.- Delimitación del objeto del proceso penal en la fase de apelación	59
4.2.- ¿Alteración del objeto del proceso penal en la etapa de impugnación?.....	59
5.- Modelo de apelación peruano.	61
5.1.- Sistema de apelación.....	62
5.2.- Naturaleza	62
5.3.- Efectos.....	63
5.4.- Legitimados.....	65
5.5.- Tipo de resoluciones recurribles	66
5.6.- Procedimiento de apelación	70
5.7.- La admisión y valoración de la prueba en segunda instancia	77
5.8.- La Condena del absuelto. Caso Mohamed vs Argentina	82
V.- RECURSO DE CASACIÓN.....	88
1.- Origen y evolución histórica.....	88
2.- Principales modelos casacionales.....	89
2.1.- Franco-italiano.	90
2.2.- Angloamericano	92
2.2.- Alemán	94
3.- El recurso de casación en la legislación comparada.....	95
3.1.- España.	95
3.2.- Costa Rica.	102
4.- Concepto.	106
5.- Funciones	107

5.1.- Nomofiláctica.....	107
5.2.- Uniformizadora de la jurisprudencia.....	109
5.3.- Dikelógica.....	110
6.- Modelo de casación peruana.....	111
6.1.- Evolución histórica.....	111
6.2.- Particularidades de nuestro recurso de casación.....	113
6.3.- Procedencia de la casación.....	114
6.4.- La desestimación del recurso.....	135
6.5.- Procedimiento.....	136
VI.- RECURSO DE QUEJA.....	141
1.- Origen.....	142
2. Concepto e importancia.....	142
3.- Tratamiento en las demás legislaciones.....	143
3.1.- Argentina.....	143
3.2.- España.....	144
3.3.- Chile.....	145
4.- Objeto impugnabile y finalidad.....	146
4.1.- Ámbito de aplicación.....	147
4.2.- Interposición y plazo.....	147
4.3.- Examen del recurso.....	147
4.4.- Efecto diferido.....	148
- Queja por denegatoria de recurso de apelación.....	149
- Queja por denegatoria de recurso de casación.....	149
Bibliografía.....	151

I.- INTRODUCCIÓN

Han pasado más de 12 años desde la puesta en vigencia del Decreto Legislativo N.º 957- Código Procesal Penal-, que supuso un cambio de paradigma en el enjuiciamiento penal, en búsqueda de un proceso que respete las garantías y los derechos de los sujetos procesales intervinientes.

Dentro de esa gama de derechos y garantías encontramos al debido proceso, que tendrá entre sus manifestaciones a la doble instancia que tiene reconocimiento constitucional, en el artículo 139 inciso 6 de nuestra Constitución Política, y se refiere al hecho que las partes procesales al manifestar su disconformidad respecto de una resolución emitida en perjuicio suyo tengan la posibilidad de una revisión por un órgano judicial superior.

En el proceso penal este derecho se verá materializado a través de la regulación de los recursos procesales – artículos 404 hasta el 438 del CPP- que servirán como instrumento para acceder a un reexamen de la resolución. Entre estos recursos encontramos el recurso de apelación, casación, queja y reposición.

El recurso de apelación es aquel que mayores garantías ofrece para las partes debido a su carácter ordinario, lo que permite aducir la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia o en las actuaciones de la primera instancia (Doig, 2004, pág. 197).

El recurso de casación como medio de control para examinar la validez de la sentencia y restaurar el orden turbado por un fallo no ajustado a derecho, a partir de entregar al órgano vértice – la Corte Suprema- el cierre de la jurisdicción que garantice la función de unificar la interpretación del derecho, combatiendo de paso la arbitrariedad de los jueces en la lectura de las normas y la aplicación del Derecho (Moreno, 2013, pág. 63 y 64)

Por su parte, el recurso de queja constituye una garantía de seguridad procesal a fin de evitar la posibilidad de una arbitrariedad o de un exceso de discrecionalidad que prive a la parte del derecho a recurrir. Puesto que, si se deja librado a quien dicta el pronunciamiento, la facultad de negar los recursos definitivamente, los beneficios que la legislación ha querido asegurar mediante la instancia de alzada, podrían frustrarse (Arocena & Balcore, 2007, pág. 194 y 195).

En la presente investigación desarrollaremos los principales aspectos generales correspondientes a cada uno de estos recursos: naturaleza, principios, efectos, presupuestos, procedimiento y finalidad.

Asimismo, tocaremos los diversos problemas específicos que acarrearán la utilización de cada uno de ellos, como la valoración de la prueba en segunda instancia, la condena del absuelto, nuestro modelo de casación, las causales de admisibilidad del recurso de casación, el sistema de recursos en otros ordenamientos y demás.

Todo este análisis partirá desde la ley, la doctrina y la jurisprudencia más actualizada en el área del Derecho Procesal Penal.

II.- ASPECTOS GENERALES

1.- Los medios de impugnación

Son distintos los autores que han esbozado un concepto sobre estos, no obstante la mayoría – por no indicar todos – se circunscriben a señalar que son instrumentos legales puestos a disposición de las partes y que permiten la revisión de prácticamente cualquier resolución al menos una vez, siendo posible, bien la rectificación de la resolución, su reforma, anulación o inclusive la anulación del proceso entero del que trae causa (Nieva-Fenoll J. , Derecho procesal III. Procesal Penal, 2017, pág. 441). En ese mismo sentido Gimeno Sendra, en términos más precisos, señala que estos son “un conjunto de actos de postulación, a través de los cuales la parte gravada por la resolución puede solicitar su revisión, sea por el órgano que emitió la impugnada o por el superior, en aras de evitar errores judiciales (Gimeno, 2015, pág. 863)".

Todo medio de impugnación inicia una nueva fase, que se enlaza a la que está en curso o hace revivir dentro de ciertos límites el que ya estaba concluido.

Entre sus aspectos principales encontramos (Yaipen, 2014, págs. 121-126)

- a) Se encuentran delimitados por principios, como lo son el principio dispositivo, el de congruencia, el de prohibición de reforma en peor, el de legalidad.
- b) Cuentan con una finalidad procesal, la cual se circunscribe en confirmar, revocar y/o sustituir una determinada decisión.
- c) La competencia de cada medio impugnatorio será determinado a partir de la naturaleza de este.
- d) Tienen una pretensión destinada a cuestionar una determinada decisión jurisdiccional.

1.1.- Naturaleza jurídica de la impugnación

La impugnación es un derecho reconocido en las diversas cartas constitucionales de los distintos países y tratados internacionales que nace durante el proceso, con la emisión de una resolución que cause un agravio a una de las partes, por ello en términos de Giovanni Leone es un derecho de naturaleza procesal (Leone, 1963, pág. 25).

Si bien la naturaleza de la impugnación– desde nuestra perspectiva – no amerita mayor debate, el punto controvertido versa sobre el derecho del cual deriva, frente a ello se le ha considerado

en primer lugar como uno vinculado al de acción; así también se le ha consignado como precedente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; por otro lado, se ha indicado su vinculación al debido proceso; y finalmente, se le ha mencionado como una manifestación del control jerárquico de la administración de justicia.

A) Impugnación y el derecho de acción:

La impugnación dimana del derecho de acción o una parte de este, existiendo una relación del todo a parte entre la acción y el medio impugnativo correspondiente, por ello toda persona gozaría *per se* del derecho a impugnar sin que nadie pueda restringirlo y ejercerlo cuando lo estime pertinente, cosa distinta es que cuando en concreto lo ejercite, este pueda ser o no admitido, en tanto el derecho a impugnar es un derecho abstracto (Vescovi, 1988, pág. 12 y ss).

B) Impugnación y los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva:

Doig Díaz, refiere que la Constitución Política 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 instancia, de esto, se concluye que el constituyente peruano ha establecido el concreto sistema de impugnación, sin negar una suerte de identificación entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia (Doig, 2004, pág. 190).

Ibérico Castañeda colige que la naturaleza jurídica de los medios impugnatorios deriva del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, implica la facultad de toda persona para acceder a los órganos jurisdiccionales a fin de que resuelva un determinado conflicto o incertidumbre jurídica, y que lo que se decida sea efectivamente ejecutado; por otro lado, sostiene que el derecho a impugnar no es una regla que debe observarse durante el proceso, sino es el derecho que tenemos para cuestionar las decisiones jurisdiccionales a fin de obtener una decisión final que resuelva el conflicto planteado (Iberico, 2012, pág. 16).

c) Impugnación y principio de control jurisdiccional:

A tenor de Binder se precisa que a través de estos se cumple con el principio de control, que es central en la estructuración del proceso y de todo el sistema de justicia penal, el cual se sustenta en cuatro pilares: (i) La sociedad debe controlar como sus jueces administran justicia; (ii) El sistema de justicia penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol; (iii) Los sujetos

procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada; (iv) Al Estado le interesa controlar como sus jueces aplican el derecho (Binder, 1993, págs. 286-287).

1.3.- Fundamento de los medios impugnatorios

Encuentran arraigo en las consideraciones que a continuación se explicará:

A) Falibilidad jurisdiccional:

Aquellos a quienes afecte una resolución judicial estarán frecuentemente descontentos de ella, pues la posibilidad que los hombres puedan errar y existir mala voluntad hace que la resolución se haya dictado como no debía, permitiéndose por ley recurrir a la impugnación.

Por su parte, Devis Echandía señala que el derecho de recurrir, es un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso y a cualquier título o condición, para que se corrijan los errores del juez, que le causen gravamen o perjuicio (Devis, 1984, pág. 46 y ss.).

De esto se colige que, el fundamento que faculta a las personas ejercer el derecho a impugnar un acto procesal se basa en que el acto es potencialmente falible, siendo susceptible de incurrir en vicios o errores, ya sea por desconocimiento, ignorancia, equivocación o de manera dolosa, toda vez que está en la esencia del ser humano cometer errores y por ende es necesario la necesario la revisión de sus actos.

B) Errores y vicios:

Consecuencia de la falibilidad judicial. Se dividen en errores *in procedendo* e *in iudicando*; en el primero tenemos a los vicios o errores que se configuran a partir de una inadecuada aplicación de las normas de carácter procesal que regulan el procedimiento; mientras que en el segundo se atiende a los errores de aplicación de la ley o incorrecta interpretación.

Los errores materiales serán divididos en: a) *in facto*, cuando la resolución aparece fundada en un supuesto fáctico falso o incorrectamente interpretado y b) *in iure* cuando a causa de no haberse comprendido el sentido jurídico del caso sometido a decisión, se aplica una norma distinta a la que debió en realidad aplicarse o se asigna a la norma aplicable un alcance equivocado.

La impugnación será sin duda la institución procesal que sirve para cuestionar lo resuelto por los órganos jurisdiccionales en base a la falibilidad de todo órgano jurisdiccional y solicitar su

revisión por un tercero, quien ratificará o revocará la resolución impugnada (Monroy, 1993, pág. 21).

1.4.- Sistemas procesales y las vías de impugnación que reconocen:

A lo largo de la historia de tradición Eurocontinental se han reconocido tres grandes sistemas procesales -el acusatorio, el inquisitivo y el mixto- los cuales cuentan con diversas particularidades y principios que construyen sus instituciones.

En torno a los medios impugnatorios cada uno de estos responderá a las características de su sistema.

Partimos desde el sistema acusatorio, debido a que Según Vescovi, en los pueblos primitivos no existían los recursos, debido a su gobierno monocrático (Vescovi, 1988, pág. 16).

1.4.1.- El sistema acusatorio

a) El derecho germano

Tuvo tres etapas: a) el Derecho germano antiguo (siglo VII y anteriores); b) el periodo franco (a partir del siglo VIII) y c) la primera parte de la Edad Media, siendo este último el término de su vida independiente y el establecimiento de su propio sistema de enjuiciamiento penal.

Entre sus principales características encontramos que para satisfacer el interés menospreciado se autorizaba a la víctima y a su familia restablecer la paz mediante el combate, la guerra o la venganza familiar, este tipo de salidas abrió progresivamente la llegada de una institución típica en este Derecho, la composición (Maier, 2004, pág. 264); por ello el ofensor si acordaba una enmienda o resarcimiento económico para el ofendido se reparaba el daño causado.

El procedimiento judicial cumplía un papel secundario o accesorio, pues sólo se llevaba a cabo cuando fracasaba la composición privada, con lo cual esta manera extrajudicial de proceder jugaba un papel preponderante, otra salida en estos tiempos era la reclamación judicial. El Tribunal era de carácter popular.

La sentencia era primigeniamente propuesta como un proyecto por algunos miembros del Tribunal al juez director, dicho proyecto debía ser aprobado por los miembros del Tribunal por aclamación – procedimiento de votación-, como se trataba de un Tribunal popular era inimpugnable, sin embargo, era posible impugnar la proposición de la sentencia antes de ser

sometida a aprobación, facultad que correspondía tanto a las partes, como a los miembros del Tribunal. Con la llegada del periodo franco y la alta edad media la impugnación del derecho germánico varió, partiendo del fundamento de la divinidad el procedimiento se vuelve inimpugnable en su totalidad (Maier, 2004, pág. 266 y ss.).

b) En el derecho griego y romano

En el derecho griego el poder de juzgar era ejercido por varios Tribunales con distinta competencia, de los cuales sobresalió el de los Heliastas, ciudadanos honorables mayores de treinta años, elegidos anualmente por sorteo que constituía un Tribunal Popular y se encargaba de juzgar la gran mayoría de delitos. Se encargó de sustituir la Asamblea del pueblo y la representaba, por ello sus decisiones tenían la fuerza de un juzgamiento popular.

Otro de los Tribunales a tener en cuenta es el de los Efetas, compuesto por 51 jueces elegidos anualmente por sorteo entre los miembros del Senado y sólo juzgaba los homicidios involuntarios o no premeditados.

En el caso del Tribunal de Areópago, que es quizás el más célebre de Atenas, nacido para juzgar los crímenes mayores y poco a poco restringidos en su competencia hasta abarcar sólo homicidios premeditados, incendios y todo crimen amenazado con pena de muerte, fue sustituido por el Tribunal Popular del Helión.

Por último, encontramos la Asamblea del Pueblo que tenía el pleno poder de juzgar, pero raramente lo ejercía de manera directa, sólo juzgaba en forma directa aquellas infracciones de suma importancia política.

A razón que los Tribunales eran populares, conforme al principio de soberanía del pueblo, su sentencia era irrecurrible, siendo por ello que no existía ningún medio de impugnación durante esta etapa (Maier, 2004, pág. 272).

En cuanto al derecho romano, su modelo de enjuiciamiento penal ha tenido un cambio progresivo de acuerdo al sistema de organización política – monarquía, república e imperio – que han imperado en su época.

En cuanto a su primera etapa– durante la monarquía -, los rastros en cuanto a las reglas procesales son ínfimos, sin embargo teniendo en cuenta el tipo de Estado adscrito cabe inferir que había un poder ilimitado para las personas que se encargaban de investigar y juzgar, actividades que recaían en el rey o magistrados (Maier, 2004, pág. 274), frente a esta forma de

procedimiento primaria se desarrolló la facultad de alzarse contra las decisiones, conocido como la *provocatio ad populum*, que consistía en un derecho a los ciudadanos varones para provocar la reunión de la Asamblea Popular a fin de evitar las consecuencias perjudiciales de la decisión del inquisidor público, cabe hacer hincapié que a pesar que diversos autores han pretendido considerar esta institución como el origen de la apelación (Ayán, 2007, pág. 47) y por ende un medio impugnatorio, las características de esta institución correspondían más a un poder de gracia ejercido por el pueblo (Letelier E. , 2013, pág. 39).

Durante el segundo periodo – la República–hubo una reforma en cuanto a la constitución de la Asamblea de Pueblo, creándose los comicios, que fueron divididos en tres: comicios curiales – integrados por patricios-; comicios centuriales – integrados por patricios y plebeyos- y comicios por tribus –por los ciudadanos de más baja condición-. En este periodo la *provocatio* y la *anquisitio* – magistrado que realizaba una especie de instrucción sumaria antes de hacer efectivo el poder penal en su decisión- continuaron.

Con la creación de esta nueva institución –comicios- se observa ya una primera limitación al poder penal, pues la validez de la sentencia dictada tenía la posibilidad de ser anulada(Maier, 2004, págs. 275-276).

Con posterioridad – en las postrimerías de la República -, se dio una transformación que liberalizó y democratizó el enjuiciamiento penal romano, siendo que la transformación condujo a una nueva limitación del poder penal del Estado al cambiar de manos el poder de decidir y el de requerir, que se trasladó de la manos del magistrado a los del ciudadano para convertir su ejercicio en popular –acción popular-; asimismo se creó un nuevo procedimiento regulado por ley, reemplazando al arbitrio por un sistema normativo (Maier, 2004, pág. 277).

En cuanto a los recursos en este periodo, no se tiene información alguna, debido a que según Julio B.J. Maier, el enjuiciamiento creado varió en relación a las diversas leyes, por lo que es somera la descripción y caracterización general del sistema(Maier, 2004, pág. 284).

Durante el Tercer periodo en Roma – el Imperio – se adoptó un enjuiciamiento acorde a las necesidades del nuevo régimen político, donde la soberanía recaía en el poder del emperador, modificándose la composición de los Tribunales y la persecución penal, lo cual tuvo como resultado el crecimiento de una serie de acusaciones infundadas motivadas en la venganza.

En este periodo se introduce un nuevo procedimiento de juzgamiento denominado la *cognitio extraordinem*, destinado para delitos específicos, asimismo se da la creación de funcionarios

oficiales destinados de velar por la seguridad pública y de perseguir los hechos punibles que caían bajo su conocimiento, naciendo de esa manera el sistema de persecución pública.

En cuanto a los recursos presentados en este periodo el procedimiento de oficio, por iniciativa del propio magistrado, resucitó de entre los escombros producidos, por ello la recurribilidad o en términos más concretos, la apelación de los fallos consistió en la devolución de la jurisdicción delegada a otra instancia que reexaminaba el caso(Letelier E. , 2013, pág. 39).

1.4.2.- El sistema inquisitivo

Sistema enjuiciamiento penal que se desarrolla durante un proceso histórico en el que tanto la iglesia como las monarquías absolutas luchaban por la búsqueda de afianzamiento en sus estructuras de dominación en el orden espiritual y temporal respectivamente(Jauchen, 2012, pág. 53).

La característica principal de este tipo de enjuiciamiento reside en la concentración del poder procesal en la figura del inquisidor, a quien se le encomendaba perseguir y decidir. La persecución penal es pública y se tiene como meta absoluta la averiguación de la verdad histórica, lo cual conlleva a los más grandes abusos(Vásquez, 2004, pág. 203).

El acusado pierde la calidad de sujeto de derecho y se convierte en un objeto de persecución, por ello la defensa no era una facultad que se le reconociera, de allí que era obligado a incriminarse él mismo mediante métodos crueles.

El procedimiento consiste en una investigación secreta donde no existía el debate y había una predominancia de la escrituralidad; su sistema de valoración probatoria era la prueba legal o tasada, siendo la ley el que atribuía las condiciones que debe tener un hecho para darlo por acreditado. Este tipo de sistema buscaba reducir al máximo el poder del juez en la sentencia, debido a que ya no era necesario la composición de los conflictos, sino solamente castigar a los culpables (Vásquez, 2004, pág. 204).

Ahora bien, en cuanto a los recursos cabe determinar que el fallo era de carácter impugnabile; aparece la apelación y en general, los recursos contra la sentencia, lo cual tiene como fundamento la concentración del poder y la necesidad de controlar la actividad de los funcionarios inferiores (Letelier E. , 2013, pág. 39)

En ese sentido, el poder delegado a funcionarios inferiores, debía devolverse en sentido inverso a aquél de quien procedía, naciendo de esa manera el efecto devolutivo de los recursos, y

también la propensión a la organización jerárquica de los tribunales(Maier, 2004, pág. 284), lo cual individualiza aquellos recursos cuya interposición provoca el nuevo examen y la nueva decisión por un Tribunal distinto al que dictó la resolución impugnada.

Con el desarrollo del Derecho Canónico aparecieron los recursos de apelación, de nulidad y la *querella nullitatis* – que es un procedimiento escrito y lento y parecido al sistema apelación romano que afectaba toda la sentencia definitiva- que surge en la mitad del siglo XII como un medio impugnativo contra la sentencia nula (Letelier E. , 2013, pág. 40)

En el caso de Francia, la Ordenanza Criminal de 1670 estructuró con amplitud el régimen de recursos. En la apelación se le reconocía al acusado algunas garantías como el hecho de apelar todas las decisiones del juez – ya sea definitivas o interlocutorias-. La apelación será conocida según el tipo de condena que se imponía al hecho delictivo, por ejemplo, si la condena imponía una pena aflictiva, la apelación era conocida directamente por las Cortes Reales; si se imponía las penas más graves – corporales, destierro a perpetuidad y retractación pública – la apelación procedía de pleno derecho ante las Cortes Reales.

En esta etapa del periodo inquisitivo no siempre la apelación se realiza en secreto y por escrito, como lo era generalmente, sino que se admitió la *appellation verbale*, siendo que una vez preparado el periodo del interrogatorio del acusado era su oportunidad para exponer los reclamos contra la sentencia y sus justificaciones (Letelier E. , 2013, pág. 41).

En el caso de España –país donde se arraiga fuertemente este sistema- encontramos en su codificación de ese momento histórico a Las Partidas (Jauchen, 2012, pág. 55),código que reconoció diversas formas excepcionales para modificar lo decidido, como es el caso de: a) supuesto donde se solicitaba una merced al Rey o al Adelantado mayor de la Corte para que se viera nuevamente un juicio conocido en única instancia; b) las alzadas que interponían los agraviados de manera escrita o de forma verbal en contra de las sentencias, para revisión del juez superior o del Rey; c) La nulidad de la sentencia por causales de congruencia, *ne bis in ídem*, la falta de jurisdicción y competencia; d) La nulidad o revisión de la sentencia dada por virtud de falsas escrituras o de testigos falsos.

El punto final de este tipo de enjuiciamiento lo marco el comienzo de la nueva república representativa, con la Revolución Francesa, que representa el triunfo de las nuevas formas de pensamiento.

1.4.3.- El sistema mixto

Con el cambio de forma de gobierno sucedió también una reforma del enjuiciamiento penal, debido a que se hizo necesario el ajuste del proceso penal a la concepción de Estado de Derecho, lo cual se da a partir de la combinación de caracteres ventajosos de ambos sistemas precedentes (Leone, 1963, pág. 26).

Con el sobrevenir de la revolución francesa – que no solo crearon un nuevo modelo de sociedad y Estado, sino que difundieron un diferente modo de pensar – se adoptó el sistema procesal inglés, por ello con la puesta en vigencia de la Ley de 1791 se derogó por completo a la Ordenanza Criminal de 1860, siendo uno de sus principales modificaciones la introducción del jurado para el juzgamiento de delitos de mayor gravedad, así como establecer la no procedencia de apelación para las sentencias dictadas por este (Letelier E. , 2013, pág. 42)

El recurso de casación se encontraba presente dentro de este modelo de enjuiciamiento, debido a la desconfianza que tenía la Asamblea para con sus jueces en la aplicación del Derecho, su conocimiento era competencia del Tribunal de Casación, mientras que sus causales eran por infracción de la ley penal o de formas (Nieva-Fenoll J. , 2000, pág. 102).

Sin embargo este modelo acusatorio anglosajón duró poco, y junto a las ideas de ilustres pensadores de la época como Montesquieu, Beccaria y Voltaire se tuvo como consecuencia la emisión del Código de Instrucción Criminal de 1808 que tuvo un modelo de enjuiciamiento procesal mixto estructurado en dos etapas: la fase de instrucción, que cuenta con un predominio del inquisitivo al ser secreto, escrito y de oficiosidad judicial y la fase de juicio o plenario, donde prevalece el método acusatorio, la publicidad, la oralidad y el contradictorio (Neyra, 2015, págs. 80-81).

Ahora bien, en cuanto a los medios de impugnación tenemos una serie que serán variables según las etapas del proceso: en la fase preliminar, es común la configuración de medios de impugnación que concedan facultades amplias de revisión al Tribunal Superior; mientras que la sentencia dictada en juicio es susceptible de impugnaciones –restringidas- lo cual habilita al superior jerárquico para revisar la aplicación correcta de la normativa (Letelier E. , 2013, pág. 42).

Los recursos previstos son el de apelación, casación y en casos muy especiales el de revisión – considerado como recurso en ese momento histórico- en favor del condenado (Letelier E. , 2013, pág. 43).

Este primer Código de tendencia liberal fue el modelo a seguir de toda Europa, siendo que inspiró las Leyes de Enjuiciamiento Criminal de España – en adelante LECrim- de los años 1872 y 1882, siendo en esta última que la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado era susceptible de impugnarse por recurso de casación y revisión.

Esta LEC, en su diseño original, extrañamente reguló una única instancia para el conocimiento de los delitos y doble instancia para las faltas. Esta codificación dispone como recursos el de reforma –contra los autos de los jueces de instrucción-, apelación, queja, casación y recurso de súplica –contra los autos de cualquier Tribunal con competencia penal.

1.5.- Presupuestos

Los medios impugnatorios son aquellos instrumentos legales puestos a disposición de los sujetos procesales para recurrir una resolución judicial; sin embargo, estos no son utilizados de manera indistinta y absoluta, a pesar que tengan como fundamento el derecho a impugnar, debido que para su ejercicio deben cumplirse con una serie de presupuestos que enumeramos de la siguiente manera:

a) Acto procesal susceptible de impugnación.

Con esto me refiero a la existencia de un proceso donde se haya generado una resolución – disposición, decreto, auto o sentencia - susceptible de impugnación, es decir no se encuentre dentro de los supuestos taxativos que el Código señala como inimpugnable.

El Código Procesal Penal del Perú – en adelante CPP- dispone la no impugnación en los artículos 137 –auto de incorporación o exclusión de piezas procesales al expediente judicial; 203 inciso 2 – realización de audiencia para debatir el riesgo fundado de la medida de búsqueda de prueba y restricción de derechos-; etapa intermedia: 352, inciso 2- Resolución por no modificación, aclaración o saneado del dictamen acusatorio-inciso 4- desestimación de auto de sobreseimiento; inciso 5,6,- admisión de medios probatorios-; inciso 6- convenciones probatorias; inciso 7- prueba anticipada; 415 inciso 3 –recurso de reposición-; 352 inciso 2 – modificación, aclaración o saneado de dictamen acusatorio-; 418 inciso 2 – efectos del recurso de apelación; 422 – admisión de prueba en segunda instancia-; 453 – Proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios, autorización de procesamiento-; 477 inciso 2 –Colaboración eficaz, resolución de observación del contenido del acta de colaboración eficaz-; 506 inciso 3– liquidación de las costas-.

b) La resolución impugnada no cuenta con calidad de cosa juzgada.

La cosa juzgada es aquella irrevocabilidad que adquieren los efectos de una sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que pueda modificarla, siendo que no es un efecto de esta, sino una cualidad agregada que permita garantizar la estabilidad de los pronunciamientos judiciales (Menéndez, 2006, pág. 176).

Por ello la cosa juzgada prohibirá la reiteración de juicio en búsqueda de otorgar seguridad jurídica al sistema (Nieva-Fenoll J. , 2017, pág. 427).

En base a ello la regla general es que resoluciones con esta calidad no son materia de impugnación, claro está que a toda regla existen excepciones, como es el caso de la acción de revisión, en el proceso penal, regulado por los artículos 439 hasta el 445 del CPP; y la nulidad de cosa juzgada fraudulenta, en el proceso civil, dispuesto en el artículo 178 del Código Procesal Civil – en adelante CPC.

c) Que el recurrente sea parte de la relación jurídica procesal.

Una relación jurídica supone la presencia de dos o más sujetos de derechos que participan entre sí de un conflicto de intereses con relevancia jurídica o de una incertidumbre jurídica. Ahora bien, esta relación jurídica material será el antecedente directo del proceso o relación jurídica procesal, que ocurrirá como consecuencia del ejercicio del derecho de acción (Monroy, 2009, págs. 245-246).

En el proceso civil, se utiliza para determinar a los intervinientes en la relación jurídica procesal como parte, la titularidad del derecho subjetivo enajenado, en ese caso existirá un demandado y un demandante, quienes *prima facie* serán los impugnantes, sin embargo, la ley también faculta a terceros legitimados como el litisconsorte necesario a ejercer este derecho.

En el caso del proceso penal, la facultad de impugnar tendrá ciertos carices, al no haber identidad entre los sujetos de la relación jurídica material y procesal, siendo que la parte activa producto de la relación jurídico material es el agraviado, sin embargo, quien ejerce acción penal y es sujeto de la relación jurídico procesal es el Ministerio Público. En ese sentido, los facultados a impugnar en el proceso penal serán el Ministerio Público, el abogado defensor, el imputado y el agraviado, a quien nuestro CPP habilita en su artículo 95, a pesar de no ser parte de la relación jurídica procesal.

Asimismo, otros sujetos legitimados para impugnar dentro del proceso serán las personas jurídicas, el actor civil, el querellante particular y el tercero civilmente responsable, en los extremos que la ley indica.

d) *La existencia de un gravamen*

Debe entenderse como aquel perjuicio que causa una resolución desfavorable a uno de los intervinientes en el proceso, ya sea a partir de un error de carácter *in iudicando o in procedendo*.

El fundamento es la injusticia de la resolución judicial, ya que la parte no ha logrado una correcta tutela jurisdiccional de sus derechos o no alcanza tenerla en la medida de lo solicitado (San Martín C. , 2015, pág. 657), siendo por ello que este presupuesto será determinante a la hora de la admisión de los recursos – tema que veremos posteriormente- como lo dispone el artículo 405 del CPP.

e) *Voluntad expresa de impugnar.*

Nuestro sistema procesal se rige bajo el principio dispositivo, a razón del cual solo tendrá lugar la impugnación cuando alguno de los sujetos legitimados haya expresado explícitamente su petición (Montón, 2007, pág. 368), que será materializado con su pretensión –ya sea mediante la acusación o la demanda-, la cual permitirá delimitar, a razón del principio de congruencia, los límites del objeto materia de impugnación.

1.6.- Efectos

La interposición de un medio impugnatorio, en este caso los recursos, produce diversos efectos dentro del Proceso Penal, si bien en doctrina solo se han reconocido tres: el devolutivo, suspensivo y extensivo (Leone, 1963, pág. 109 y ss.), nuestro Código Procesal Penal reconoce uno más, el diferido.

a) *Devolutivo*

Es aquel supuesto en el que se transmite el conocimiento de la causa a un juez de grado superior, a partir del traslado de la competencia funcional sobre el objeto de la impugnación.

En ese sentido, si el recurso se planteó contra una resolución emitida por un juez penal (de primera instancia), le corresponderá conocer como juez de segunda instancia a la Sala Superior

Penal, ello de acuerdo a los criterios de competencia funcional establecidos en los artículos 26, 27 y 28 del CPP.

En cuanto a este efecto Giovanni Leone advierte una problemática en torno a sus límites, considerando si estos son totales o parciales, es decir si abarca todo el conjunto de cuestiones examinadas y decididas por el primer juez, o sólo la parte atacada por la impugnación (Leone, 1963, pág. 110). A nuestro entender consideramos que solo se elevará al superior la parte impugnada por el legitimado, en base a que la solicitud de revisión no será total, sino solamente de una parte que se advierte ha generado perjuicio.

Dentro de nuestro ordenamiento el único recurso con carácter no devolutivo es el de reposición, previsto en el artículo 415 del CPP y en los artículos 362 y 363 del CPC.

b) Suspensivo

Este efecto se produce cuando se impide que la resolución impugnada pueda ser ejecutada mientras el recurso no haya sido resuelto definitivamente, lo que implica la pérdida de la competencia del órgano *a quo* para seguir conociendo del proceso en que se ha dictado la resolución impugnada (Gimeno, 2015, pág. 870).

Cierto sector de la doctrina ha negado este efecto, debido a que se piensa que la impugnación "suspende" los resultados de la resolución, cuando lo que realmente sucede es que por estar sujeta a un recurso aquella no produce consecuencias; por lo que, la interposición del recurso no hace otra cosa que prolongar la ineficacia del pronunciamiento, que desaparecerá si se vence el plazo de recurrir (Santo, 1999, pág. 175).

En nuestro ordenamiento la regla es que se produzcan con efecto no suspensivo, ejecución provisional, todos los recursos formulados contra las resoluciones judiciales - según lo dispone el artículo 412 del CPP- salvo disposición contraria de la ley, como es el caso de los efectos del recurso de apelación contra las sentencias, autos de sobreseimiento y demás autos que pongan fin a la instancia que tendrán un efecto suspensivo - regulado en el artículo 418 del CPP-, no obstante existen otras excepciones donde 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 apelación de sentencia, de ningún modo, debe impedir la excarcelación del absuelto, esto a razón de una interpretación dada a partir de considerar los derechos a la libertad y presunción de inocencia (San Martín, 2015, p.664).

En el caso de impugnarse sentencias condenatorias, su ejecución se cumplirá provisionalmente, salvo en los casos que la pena sea de multa o limitativa de derechos -como lo dispone el artículo 402 del CPP.

c) Efecto extensivo

Se encuentra previsto para los supuestos donde existen una pluralidad de imputados, a efectos que el recurso interpuesto por uno de ellos sea susceptible de favorecer a los que no recurrieron, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones como la existencia de un interés afín o que el recurso interpuesto no se funde exclusivamente en motivos personales (Montón, 2007, pág. 375).

En la doctrina, a partir de un criterio sistemático, se ha reconocido el efecto extensivo para dos circunstancias. En primer lugar, el llamado efecto extensivo de la impugnación, consiste en que los sujetos procesales que no recurrieron la resolución objeto de impugnación podrán participar activamente en el proceso recursivo promovido por la otra parte, siempre que haya interés a fin y conexo. En segundo lugar tenemos el llamado efecto extensivo de la sentencia, que consiste en la decisión del Juez revisor en extender, los efectos de lo solicitado por uno de los recurrentes a otros sujetos procesales que hicieron uso de la impugnación (Leone, 1963, págs. 112-113), pero sólo cuando ésta les favorezca en virtud del principio *in dubio pro reo*.

Un ejemplo del efecto extensivo en ambos supuestos (de la impugnación y de la sentencia) del recurso y correlativo a lo determinado en el artículo 408 del CPP lo tenemos en el caso que sólo 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

Reconocido mediante el artículo 410 del CPP, que refiere su procedencia en los procesos con pluralidad subjetiva u objetiva, cuando se dicta auto de sobreseimiento sobre alguno de ellos estando pendiente el juicio de los demás.

En ese sentido, en el supuesto de presentarse algún medio impugnatorio y sea admitido correspondería que se eleven los actuados inmediatamente al Juez de segunda instancia para que resuelva, no obstante 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 evitar interrupciones al procedimiento principal y dejando a salvo la posibilidad de obviar este efecto diferido si se le ocasiona grave perjuicio a alguna de las partes.

Bajo este efecto el trámite quedará reservado por el juez para que sea resuelto por el Superior jerárquico conjuntamente con la apelación de la sentencia o el auto definitivo que ponga fin a la instancia procesal¹.

Necesario es diferenciar este efecto con el suspensivo, debido a que este último **paraliza la ejecución** de la resolución recurrida hasta el pronunciamiento del juez que conoce el recurso; mientras que el diferido **paraliza la remisión** del recurso al juez competente para conocerlo, hasta que se configure el hecho que prevé la norma (Yaipen, 2014, pág. 148)(**La negrita es nuestra**).

1.7.- Clases

Los medios impugnatorios se clasifican en recursos y remedios en base a lo señalado de manera literal por el CPC en su artículo 356:

“Los remedios pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones. La oposición y los demás remedios sólo se interponen en los casos expresamente previstos en este Código y dentro del tercer día de conocido el agravio, salvo disposición legal distinta. Los recursos pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado”.

De la lectura de esta disposición se infiere que la diferencia entre ambos recae en que los remedios se encuentran destinados a reexaminar cualquier acto procesal, siempre y cuando no se encuentran en una resolución, pues para ellos el medio impugnatorio pertinente serán los recursos.

Si bien nuestro CPP no reconoce expresamente esta clasificación, a partir de una interpretación sistemática del Libro II – la actividad procesal- y IV – la impugnación-podemos determinar la distinción entre remedios y recursos.

¹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. (Ponente: Príncipe Trujillo) Recurso de casación N° 23-2010. La Libertad: 21 de octubre de 2010. Fundamento jurídico 4.

1.7.1.-Recursos

Se los reconoce como el conjunto de actos postulatorios a través de los cuales la parte gravada por la resolución puede obtener una revisión, ya sea por el órgano que la dictó o por otro superior, con el objeto de evitar los errores judiciales y asegurar la aplicación correcta y uniforme del Derecho (Gimeno, 2015, pág. 863).

Nuestro ordenamiento procesal reconoce como recursos, tanto en el proceso civil como en el penal, a los siguientes: queja, reposición, apelación y casación.

1.7.2.- Remedios

Son utilizados para aquellos actos procesales que no se encuentran contenidos en resoluciones -por ejemplo: el acta de una diligencia, el acta de notificación, donde lo que se ataca es un acto del proceso- y han sido realizados sin el respeto del procedimiento preestablecido en la norma, siendo que en ese supuesto es factible solicitar una nulidad (Monroy, 1993, pág. 197).

Otro remedio conocido es el que se encuentra contenido en el artículo 178 del CPC – denominado como nulidad de sentencia- y en los artículos 149 al 154 del CPP que desarrolla las nulidades procesales.

1.7.2.1. – Las nulidades en el Código Procesal Penal

1.7.2.1.1.- Aspectos Generales.

Concebida como una sanción procesal que priva de eficacia o efectos a un acto procesal por no haber observado los presupuestos –circunstancias fácticas o jurídicas, independientes, anteriores y externas al acto mismo- o los requisitos que lo regulan y constituyen garantía de los derechos de los justiciables.

Dentro de nuestro ordenamiento la nulidad se encuentra regulada en el CPP dentro del libro segundo “La actividad procesal”, concretamente en la sección I “Preceptos generales”, Título III “La nulidad”, desde el artículo 149 hasta el 154.

El artículo 149 – en adelante art.- establece como presupuesto la taxatividad de las nulidades. El art. 150 define el concepto de nulidad absoluta e identifica los supuestos de su declaración *ex officio*. El art. 151 precisa el alcance de la nulidad relativa y de los defectos que la rigen: que se determinan a través de los defectos no absolutos. El art. 152 define los efectos de los

principios de convalidación y saneamiento de los defectos de las actuaciones procesales —. Por último, los artículos 153 y 154 incorporan las reglas de saneamiento de los defectos procedimentales y precisan los efectos de la nulidad.

1.7.2.1.2.- Principios de las nulidades

Teniendo como consecuencia una sanción que acarrea la pérdida de efectos de un acto procesal, su desarrollo y aplicación deberá enmarcarse en determinados principios que guíen y rijan como un baremo para que permanezca el respeto de los derechos fundamentales de los partícipes en el proceso. Entre estos principios encontramos.

a) Principio de trascendencia.

Se desprende de la antigua máxima “*pas de nullité sans grief*” (no hay nulidad sin perjuicio) (De Santo, 1999, pág. 52), en otras palabras no se declarará nulo un acto si no causa perjuicio concreto y evidenciado a una de las partes o propiamente al ordenamiento jurídico (Scarparo, 2010, pág. 511).

El perjuicio causado debe entenderse como la limitación de un derecho de las partes vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata a las garantías que son su causa (Torres, 2003, pág. 36).

En nuestro ordenamiento el Código Procesal Civil en su artículo 151 señala: “La nulidad no podrá ser alegada por quien (...) no tenga interés en el cumplimiento de disposición vulnerada”. De esta norma se infiere que la pretensión de nulidad se dará por un sujeto que considere una afectación en sus garantías o derechos, sin embargo aunado al principio de trascendencia se concluye que dicha afectación no debe ser nimia, sino de tal gravedad que no pueda ser plausible de subsanación.

En ese sentido, es necesario que el nuliciente señale oportuna y motivadamente las disposiciones vulneradas junto a la existencia de un perjuicio concreto – cierto e irreparable –, una indefensión, la cual deberá ser algo real, efectiva y actual, no abstracta, es decir no se puede señalar un perjuicio sin que sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (San Martín C. , 2015, pág. 784)

Para ejemplificar lo anterior es menester citar una demanda de amparo que llegó al Tribunal Constitucional Peruano donde se cuestiona la falta de notificación del auto de saneamiento

procesal expedido en un proceso de obligación de dar suma de dinero. Del análisis de los hechos del caso, se advierte que la falta de notificación del mencionado auto de saneamiento procesal no resultaba por sí sola suficiente razón para fundar la demanda, toda vez que no generó una situación de indefensión, debido a que la actora: (1) sí tuvo ocasión de efectuar argumentos a favor de sus derechos e intereses legítimos; (2) no formuló excepciones ni defensas previas que hubieran sido examinadas en el mencionado auto de saneamiento; y (3) no formuló la nulidad del alegado defecto en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo².

Con la previsión de este principio se impide incurrir en un excesivo formalismo vacío, por ello Jordi Nieva-Fenoll señala:

"El mero incumplimiento de una norma procesal no puede tener como consecuencia la nulidad del acto si no se ha provocado ninguna lesión de derechos fundamentales, particularmente del derecho de defensa. Disponer lo contrario supondría un cumplimiento simplemente fetichista de las leyes procesales, lo que carecería, hoy en día de todo sentido, porque sería contrario al derecho al libre acceso a los tribunales, que es una manifestación fundamental del derecho de defensa"(Nieva-Fenoll J. , 2014, pág. 296).

b) Principio de protección.

Deviene del aforismo "*nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*", que indica nadie será escuchado si alega su propia torpeza, pues nadie puede ir legítimamente contra sus propios actos; por ello nadie podría solicitar la invalidez de un acto procesal cuando es la parte que provocó la causal de nulidad.

Nuestro ordenamiento procesal penal positiviza este principio en el artículo 151 inciso 4 "La nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de las disposición vulnerada (...)".

Si bien este principio es regla, el profesor argentino Eduardo Jauchen expresa que en el supuesto de defectos absolutos el imputado puede impugnar el acto a pesar de haber tenido la responsabilidad en la provocación del defecto, en razón de la indisponibilidad de los derechos constitucionales afectados sustancialmente. Sin embargo, el mismo autor, indica que dicha afirmación colisiona con la llamada teoría de los actos propios, la cual debería ser aplicable aun

²Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 06259-2013-PA/TC. Santa. Agustín Paulino Robles Camones, 24 de octubre del 2014.

en caso de tratarse de defectos absolutos a pesar que estos tutelen el orden público, en tanto el régimen de invalidez debe ser entendido como garantizador de principios, por ello no debería fomentar la actividad irregular del imputado que contradice también los principios de buena fe, lealtad y probidad(Jauchen, 2012, pág. 100).

La única manera de tornar viable esta posibilidad es cuando la responsabilidad del imputado en la provocación del defecto haya obedecido a una actuación negligente o imprudente de su parte o de su defensa, no cuando ello haya obedecido a una actividad dolosa, lo cual, ciertamente, es de difícil prueba(Jauchen, 2012, pág. 101). En ese mismo supuesto, el profesor César San Martín Castro a partir del análisis de la jurisprudencia constitucional española define que existen cuatro formas en las que a pesar de una indefensión, no es susceptible de provocar la nulidad de actuaciones (San Martín C. , 2015, pág. 784): a) Cuando dicha situación ha sido buscada intencionalmente por la parte que la invoca, mediante su comportamiento doloso o negligente; b) Cuando se deba a una actuación desacertada, equívoca, errónea u omisiva de quien pretende la declaración de nulidad; c) Cuando la situación de indefensión hubiera sido provocada por su conducta de ocultamiento, como sucede en aquellos casos en los que el motivo de nulidad invocado fuese la indefensión producida por la falta de emplazamiento; d) Cuando quien instase la nulidad no hubiese usado de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico con la suficiente pericia técnica.

c) Principio de convalidación.

Quien es parte de un proceso y conoce la existencia de un vicio o defecto en un acto procesal y actúa u omite accionar permitiendo que el acto procesal logre su finalidad, no puede después solicitar su nulidad(Cáceres, 2010, pág. 84).

En el mismo sentido la Ley Orgánica del Poder Judicial – en adelante LOPJ- en el art. 184 inc. 4 señala que entre los deberes de los magistrados se encuentran “convalidar los actos procesales verificados con inobservancia de las formalidades no esenciales, sí han alcanzado su finalidad y no han sido observados dentro del tercer día, por la parte a quien puedan afectar”.

Por otra parte, son dos las formas de convalidación, la expresa y la tácita. La primera comprende la manifestación expresa de ella, es decir, cuando el sujeto legitimado para deducir la nulidad renuncia a hacerlo, careciendo por ende la eficacia de formulación de reserva de oponerla con posterioridad al producirse la aceptación(Jauchen, 2012, pág. 84); mientras que el segundo refiere a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, estos quedan convalidados

si la parte que tienen en sus manos el medio de impugnación omite solicitar la reparación de los vicios por vía de incidente(De Santo, 1999, pág. 61), siendo que su convalidación opera por mandato de la ley, toda vez que se produce la preclusión por inactividad o renuncia del legitimado para deducirla.

Este principio denota la importancia que tiene la iniciativa de parte en el proceso, ya que el órgano jurisdiccional no puede sustituirse en el lugar de una de las partes y anular actos procesales que han sido consentidas por estas.

Nuestro CPP – sobre este principio- refiere en su artículo 152 que cuando los defectos no son absolutos, los vicios pueden quedar convalidados en tres supuestos: a) Cuando el Ministerio Público o los demás sujetos procesales no hayan solicitado oportunamente su saneamiento; b) Cuando quienes tengan derecho a impugnar hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto y c) No obstante la irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes.

A partir de este principio en nuestra jurisprudencia se ha resuelto un caso donde la defensa plantea la ilegalidad y como consecuencia la nulidad de la manifestación referencial de una menor agraviada debido a que se consignó la presencia de su hermana mayor cuando en el documento no aparece su firma ni huella digital, sin embargo, en el plenario esta sostuvo que sí firmó e imprimió su impresión dactilar.

Frente a ello la Corte Suprema resuelve que no se estaría ante una nulidad absoluta por cuanto no se encuadra en ninguno de los supuestos que observa el artículo ciento cincuenta del CPP, así como a lo previsto en el artículo ciento veintiuno que regula la invalidez del acta, pues en este caso si hay certeza sobre las personas que han intervenido –la hermana aunque no firmó, luego ratificó su participación–, está firmado por el Fiscal que participó en dicha diligencia garantizando el trato adecuado de la menor de edad –en el literal b), segundo párrafo del artículo ciento cuarenta y cuatro del Código de los Niños y Adolescentes, que indica es obligatoria la presencia del Fiscal de Familia ante la policía en las declaraciones que se actúen en casos de violencia sexual contra niños o adolescentes, bajo sanción de nulidad y responsabilidad funcional–. La nulidad que denuncia carece de defectos absolutos. **Asimismo, quedó convalidado, no solo con la ratificación de la hermana, sino también por cuanto no fue**

invocada en la audiencia de control preliminar, de la etapa correspondiente³. (La negrita es nuestra).

Por otro lado, es interesante la posición del ordenamiento colombiano donde el legislador ha establecido que el juez está obligado a pronunciarse de oficio cuando termine cada etapa procesal, en relación a la existencia o no de irregularidades que puedan afectar la validez del proceso; luego de la cual no se podrá alegar las nulidades en aras de evitar dilaciones injustificadas (Bernal & Montealegre, 2013, pág. 976).

Esta postura ha sido matizada por la Corte Constitucional Colombiana al señalar que el control de legalidad oficioso al cierre de cada etapa procesal y la consecuente prohibición de reclamarse posteriores nulidades (salvo la existencia de nuevos hechos), se proyectan como una medida constitucionalmente válida teniendo en cuenta los principios de celeridad y eficacia de la administración de justicia. Sin embargo, ante situaciones de extrema irregularidad que atenten contra los derechos fundamentales de los sujetos procesales, se deberá admitir la posibilidad a las partes de proponer y obtener la correspondiente declaración de nulidad (Bernal & Montealegre, 2013, pág. 977).

d) Principio de subsanación

Se le equipara al término saneamiento, no obstante, es totalmente diferente a la convalidación, error terminológico que se ha cometido en diversas legislaciones (Binder, 2000, pág. 105). De acuerdo al diccionario significa reparar un defecto, esto es en términos jurídicos, la eliminación del vicio remediando el acto e impidiendo los efectos de esa irregularidad (Jauchen, 2012, pág. 82).

En virtud de este principio los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible realizar las siguientes formas: Renovar el acto, rectificar el error o cumplir con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado.

Sin embargo, el profesor argentino Eduardo Jauchen, en cuanto a las formas en que se puede subsanar un acto, ha señalado que en estricto solo la rectificación o el cumplimiento del requisito omitido serán supuestos de subsanación, debido a que la renovación versa más en un supuesto donde el acto ya ha sido incorporado al proceso, no habiéndose declarado

³ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. Recurso de casación N° 06-2009. La Libertad: 4 de diciembre de 2009.

oportunamente inadmisibles, siendo que su consecuencia debería ser la reproposición del acto (Jauchen, 2012, pág. 82).

No todo acto debe ser saneado, por ello debe tener límites que van más allá de si cumple una de las formas para ser subsanado, en dicho sentido Alberto Binder propone que este principio busca lograr que el estado de cosas vuelva a la situación anterior al vicio, no obstante debe contar con límites, los cuales radicarían en (Binder, 2000, págs. 101-103):

- El propio interés del imputado, toda vez que la reparación se motivará y ejecutará a partir de su interés, respetando inclusive la interpretación que el imputado que haga de este.
- Aquellos casos en los que puede existir quebrantamiento de las formas, pero no afectación del principio. Un ejemplo, es cuando el quebrantamiento de las formas es una llamada de atención acerca de la violación de algún principio, puede ocurrir que esa relación se rompa y la violación de la forma no signifique la violación del principio.

Así también la subsanación de la nulidad no será necesaria cuando el vicio que contiene el acto procesal no es lo suficientemente relevante como para generar la nulidad; esto inclusive a pesar de no haberse subsanado aún, toda vez que la inobservancia de las formas no puede ser llevado hacia el entorpecimiento del proceso.

e) Principio de conservación

El proceso es una serie de actos concatenados entre sí, por ello es importante hacer una distinción entre aquellos actos que son contaminados con los efectos de un acto viciado, de los que son independientes y no han sido contaminados.

Los actos anteriores al viciado no pueden ser eliminados, pues las consecuencias de la invalidación no cuentan con un efecto retroactivo, así como que la invalidez de una parte del acto viciado no viciara necesariamente a todo (Sánchez J. , 2017, pág. 86).

El motivo del acto de nulidad debe estar probado acabadamente y, ante la duda, el acto debe considerarse válido y conservarse. La decisión anulatoria debe sustentarse en un alto grado de certeza, pues de lo contrario ha de mantenerse o conservarse el statu quo ante, el estado jurídico vigente (San Martín C. , 2015, pág. 788). Por ello, Alberto Binder señala:

“(…) Cuando un encadenamiento de actos está alcanzando por la invalidez de alguno de los antecedentes, si se trata de las repuestas reparadoras, esto es el saneamiento, se

debe asumir la respuesta más amplia posible, es decir, se debe sanear todos los actos que puedan contener algún vicio. Si existen dudas, también se deben extender los efectos saneadores a los actos dudosos (Binder, 2000, págs. 112-113)".

A partir de este principio de conservación de los actos procesales no corresponde declarar la invalidez solamente basado en el purismo de las formas, debido a que ello importa un manifiesto exceso ritual no compatible con los fines del proceso, siendo que la invalidez debe ser observada en relación con su función, que se traduce en la situación de indefensión en que deja a la parte que la alega.

Por ende, cuando el acto a pesar de ser defectuoso igualmente ha logrado su finalidad, no es relevante su invalidez ya que de haber sido incorporado el acto sin la irregularidad las consecuencias no hubieran variado, por lo que no se aprecia que la parte haya sido perjudicada(Jauchen, 2012, pág. 85).

El ordenamiento español reconoce este principio en su artículo 243 de su Ley Orgánica del Poder Judicial al indicar "1. La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad. 2. La nulidad parcial de un acto no implicará la de las partes del mismo independientes de la declarada nula (...)".

1.7.3.- Medios de impugnación extraordinarios

1.7.3.1.- La acción de revisión

Se le determina como aquel medio que ataca la santidad de la cosa juzgada y conmueve los cimientos del orden jurídico al autorizar que una sentencia firme y ejecutoriada, sea nuevamente revisada en sus propios fundamentos y a la luz de nuevos hechos o circunstancias(Garcia, 1984, pág. 323).

Si bien el procedimiento de revisión representa el caso más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada, cabe hacer hincapié que su regulación se basa en intereses superiores como el de la paz jurídica, debido a que esta solo puede ser mantenida si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos a una relación de equilibrio(Roxin, 2000, pág. 492). En ese sentido, el fundamento de esta institución procesal se basa en eliminar y enmendar el error judicial producido en un determinado proceso penal (Garcia, 1984, pág. 324).

Esta acción cuenta con un carácter excepcional, por ello dentro de nuestro ordenamiento se encuentra regulada taxativamente, en el art. 439° del CPP, los supuestos que disponen su procedencia, no sin antes establecer como presupuestos el hecho que exista sentencias condenatorias firmes, sin limitación temporal y sólo a favor del condenado.

Entre los supuestos encontramos:

1. Cuando después de una sentencia se dictará otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, resulte de su contradicción la prueba de la inocencia de alguno de los condenados.

En un caso de feminicidio se sanciona a A y posteriormente a B por el mismo hecho en calidad de autores, lo cual es imposible de sostener a menos que ambos hayan realizado el hecho a partir de una coautoría, pero si a cada autor se le condeno por una participación individual, estaríamos frente a decisiones contradictorias, las cuales no pueden tener raigambre dentro de nuestro ordenamiento, al vulnerar totalmente la seguridad jurídica.

El tenor de la norma (art. 439 inc.1 del CPP) extiende esta causal no solo a las penas, sino también a las medidas de seguridad que se otorgan a los inimputables, en el supuesto de ser un agente peligroso para la comunidad.

2. Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otro precedente que tenga la calidad de cosa juzgada.

En este supuesto la sentencia, cuya revisión se solicita, debe tener la condición de firme y sea contradictoria con otra sentencia que con anterioridad haya sido dictada y también tenga la calidad de cosa juzgada.

En ese sentido, el profesor italiano Giovanni Leone establece que los requisitos para este motivo son (Leone, 1963, pág. 264):

- Que no es necesario que la segunda sentencia sea de condena, pero debe ser irrevocable y obviamente, referida a una imputación de delito,
- Que lo que cuenta entre las dos sentencias, digamos la primera y la segunda, no es la correlación en el tiempo, sino la imposibilidad de hacer que coexistan dos sentencias penales que tienen por fundamento determinados hechos inconciliables entre sí;

- Que, es suficiente que la inconciabilidad se presente entre la reconstrucción de los hechos sentados en una sentencia y la reconstrucción de los hechos fijados en la otra sentencia: la una no puede estar en presencia de la otra.
3. Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.

Este supuesto se basa en el ofrecimiento de nueva prueba que desvirtuaría la anterior de manera indubitable, por ello en el caso de una sentencia condenatoria cuyo fundamento haya sido la confesión del sentenciado obtenida por violencia, un informe pericial falsificado, o cualquier otro documento adulterado y cuyos extremos resulten declarados como verdaderos por sentencia firme será de aplicación la revisión.

A estos fines podrán practicarse todas cuantas pruebas se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa, anticipándose aquellas que por circunstancias especiales pudieran luego dificultar y hasta hacer imposible la sentencia firme, base de la revisión(Sánchez P. , 2009, pág. 164).

4. Si con posterioridad a la sentencia se descubren hecho o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado.

En esta línea de revisión y remoción de la cosa juzgada se tiene que sí los medios de prueba son determinantes de la inocencia del sentenciado, entonces procederá abrirse el proceso y valorar sí la prueba tiene la suficiente solidez para que se modifique el fallo de condena. Se tiene que establecer claramente que las nuevas pruebas tengan un alto grado de confiabilidad y sean pertinentes a lo que fue el objeto de prueba.

En ese sentido tenemos algunos casos, con especial incidencia en la prueba de ADN, que son propios de esta causal.

En la revisión de Sentencia N° 312-2015. Lambayeque, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, el 13 de marzo de 2017, analizó la imputación por el delito de violación sexual y como efecto el embarazo de la víctima.

En este caso se tomaron como medios probatorios a la prueba documental que constaba de muestras de la menor agraviada y el acta de muestras de ADN del acusado, cuyo resultado fue negativo a la paternidad del menor fruto de la violación sexual.

Sin embargo, dicha prueba no fue valorada en la sentencia, teniendo como consecuencia la condena del imputado. La Corte Suprema analizando tal caso, declaró fundada la acción de revisión y ordenó la absolucióin inmediata del imputado.

Pues, la Corte Suprema indicó que la prueba científica presenta conclusiones fieles de la realidad, coadyuvando la interpretación subjetiva. Es así que se le da mayor peso probatorio a los medios científicos y técnicos, a diferencia de las pruebas obtenidas en el proceso, ya sea testimoniales, indiciarias u otras.

En la misma línea, la Corte Suprema en la Revisión de Sentencia N° 184-2015- Huaura, la Primera Sala Penal Transitoria, el 13 de octubre de 2017, analizó la imputación por el delito de omisión de asistencia familiar, en la que declaró fundada la revisión y absolvió al imputado.

En este caso, no fue presentada alguna prueba que conste un resultado negativo de la paternidad durante el proceso. Sin embargo, posterior a la sentencia se hizo una prueba de ADN que tuvo como resultado la negación de la paternidad. Por tal, se dio fundado la revisión, y en consecuencia la absolucióin del condenado.

5. Cuando se demuestre, mediante decisióin firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado.

Debemos entender como decisióin firme, a una sentencia con calidad de cosa juzgada que acredite que la sentencia cuya revisióin se solicita fue el resultado de una actuacióin delictiva del juez, a partir del ejercicio del prevaricato (art. 418 del Código Penal).

El otro supuesto es que el juez haya sido amenazado directamente para que sentencie al impugnante o que también las amenazas hayan sido realizadas contra su persona o familiares. Si el condenado intervino en las amenazas no es posible conceder la revisióin o anular la sentencia condenatoria.

6. Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema.

El primer supuesto radica en la inconstitucionalidad de la norma, que será declarada a partir del proceso de inconstitucionalidad (art. 81 del Código Procesal Constitucional) dejando sin efecto la norma sobre la cual se ha pronunciado. La decisión del Tribunal Constitucional tiene alcances generales – es decir que todos los funcionarios públicos incluido los jueces deben dejar de aplicar la norma declarada inconstitucional- y carecen de efectos retroactivos. Se publican íntegramente en el diario oficial y producen efectos desde el día siguiente de su publicación.

El otro supuesto contemplado, radica en la aplicación del control difuso por parte de la Corte Suprema y tiene sustento normativo constitucional previsto en el art. 138 segundo párrafo de la Carta Política que dice: “En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior”.

III.- EL SISTEMA DE RECURSOS

1.- Reconocimiento constitucional

En el plano internacional, el derecho al recurso ha tenido regulación en diversas normativas internacionales, muchas de las cuales han sido suscritas por el Estado peruano, entre ellas encontramos:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.5 prescribe 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, prescrito por la ley"⁴.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 8.2 que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad, en respeto de la plena igualdad y las garantías mínimas al " derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior"⁵.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de su jurisprudencia señala "la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.

⁵ Art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre del 1969.

persona"⁶. Asimismo, también hace mención a la doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, la cual otorga una mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.⁷ Respecto a ello, se establece la garantía de la doble instancia y la íntima conexión que tiene con el derecho de defensa.

Dentro de nuestro ordenamiento y en base art. 55 y la cuarta disposición final y transitoria de nuestra Constitución Política se regula el artículo 139 inciso 6 que hace alusión expresamente al derecho fundamental a la pluralidad de instancias, siendo la base constitucional fundamental para la solicitud de la revisión.

En la doctrina se menciona que para cumplir con las exigencias constitucionales del sistema recursal se debe prever cuatro supuestos: 1) el control de legalidad de las resoluciones, tanto de las leyes de fondo como las de rito; 2) el garantizar el valor de justicia, mediante el doble grado de jurisdicción; 3) la búsqueda de la unidad del derecho y la formación del doctrina jurisprudencial; y 4) la tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los jueces(San Martín C. , 2015, pág. 647).

En esos términos, corresponde a la Corte Superior mediante el recurso de apelación tutelar la legalidad ordinaria y a la Corte Suprema a través del recurso de casación y en defensa de los derechos fundamentales, establecer una jurisprudencia uniforme.

1.1.- Derecho fundamental al recurso

Los derechos fundamentales son un conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo (Hernández, 1990, pág. 13), los cuales se encuentran reconocidos expresamente o de manera implícita en nuestra Constitución, por lo que todo derecho fundamental sería a su vez un derecho constitucional.

Sin embargo, los derechos fundamentales no son creados en *strictu sensu* por el ordenamiento jurídico, sino que simplemente se limita a reconocerlos⁸. Del mismo modo, el TC ha indicado que para reconocer un derecho implícito es menester una necesaria y exhaustiva labor de

⁶ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párr. 158. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004

⁷ Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, párr. 89. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

⁸ Exp. N.º 06534-2006-PA/TC. Lima. Santos Eresminda Távara Ceferino. 15 de noviembre de 2007. Fundamento Jurídico 16.

interpretación sistemática para descubrir o construir su contenido esencial, más la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes.(Neyra, 2015, pág. 400)

En torno al derecho a la impugnación la doctrina ha esbozado dos posiciones que lo derivan como derecho implícito del debido proceso o de la tutela judicial efectiva.

La primera posición, son los que se encuentran a favor que el derecho a la impugnación derive del debido proceso, al ser un elemento necesario de este derecho continente al promover la revisión por un órgano superior respecto a lo declarado en instancia anterior (Mesia, 2009, pág. 460). Dicha postura de la doctrina, no considera a la tutela judicial efectiva como el derecho fundamental del cual derive el derecho a la pluralidad de instancias, pues antes debe garantizarse que las personas puedan impugnar las resoluciones que ellos consideren no adecuadas, lo cual partirá del debido proceso.

La segunda posición considera que el derecho a la impugnación deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual se fundamenta en el acceso que se tiene para recurrir al Tribunal superior en caso de vulneración de algún derecho(Alfaro, 2015, pág. 494).

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, con la cual nos encontramos de acuerdo, ha enfatizado de manera uniforme y reiterada que el derecho a la pluralidad de instancias es parte del debido proceso judicial, y que esta tiene como manifestación implícita el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales⁹.

Ahora bien, se puede encontrar que hay una cierta controversia en relación en que parte de la doctrina considera al derecho de impugnación semejante al derecho de pluralidad de instancia (la jurisprudencia anteriormente citada los toma como iguales), y otros establecen que es un derecho que deriva del debido proceso o la tutela judicial efectiva (como se desarrolló líneas arriba), pero todavía hay quienes afirman que no se deriva de otro derecho, por lo que lo consideran independiente.

No obstante, se debe destacar que el derecho a la impugnación no es un derecho sometido a la pluralidad de instancia, sino que se trata de un derecho que deriva del derecho al debido proceso. Así se explica, en el Sentencia del Tribunal Constitucional donde se determina que: "Uno de los derechos que conforman el derecho al debido proceso es el derecho al acceso a los medios

⁹ Exp. N.º 05410-2013-PHC/TC. La libertad. Roberto Carlos Flores Paiva. 18 de marzo de 2014. Fundamento jurídico2.3.

impugnatorios"¹⁰. También, la jurisprudencia peruana se enfoca en el desarrollo en función del proceso y prueba de forma razonable, en la que se respeta la igualdad de las partes, resuelven controversias y se tiene como resultado decisiones justas en camino a alcanzar la verdad.

Lo cierto es que desde un aspecto constitucional, en relación al derecho a la pluralidad de instancias y el derecho a la impugnación el Tribunal Constitucional peruano al referirse al tema incurre en grandes enredos terminológicos, funcionales y conceptuales, que tiene como consecuencia la gran confusión cuando se ejerce por los jueces y abogados; en consecuencia es una tarea pendiente que falta resolver en la doctrina y jurisprudencia(Neyra, 2015, pág. 409).

1.1.1.- Fundamento

Para detallar ciertos puntos relacionados al fundamento del derecho del recurso, debemos referirnos al campo de la filosofía. Si bien hay varias doctrinas que intentan resolver el problema del provenir del derecho fundamental, estos tienen en común la idea de que el derecho fundamental está íntimamente relacionado con el ser humano.

Pues Kant propone su enfatización en la autonomía del ser humano y su relación con la dignidad, la cual es base para la estructura de los órdenes constitucionales, supranacional y nacional. Asimismo, en el preámbulo del Derecho Internacional de los derechos humanos del siglo XX, se hace mención a la dignidad como pilar de su normativa; en la cual se establece que: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...", y en el artículo 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en el preámbulo, se señala que: " (...)la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana."

En la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, el énfasis se hace: "Reconociendo y afirmando que

¹⁰ Exp. N.º 5194-2005-PA/ TC. Pesquera Diamante S.A. 14 de marzo de 2007. Fundamento Jurídico 4.

todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales (...)"

Todavía cabe agregar que en nuestra Constitución Política del Perú en el Título I (de la persona y de la sociedad) en su artículo 1 también reconoce a la dignidad como el fundamento base para la regulación de nuestro ordenamiento jurídico, es así que se señala: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

En definitiva, como se puede observar en la normativa internacional, que sirven de instrumento base para los demás países, tienen como fundamento a la dignidad humana, ello se refleja expresamente en sus artículos iniciales como los preámbulos. Del mismo modo nuestra Constitución Política toma ello como referencia y hace mención en su artículo 1 a la dignidad y su íntimamente relación con el ser humano.

1.2.- Regulación en el Derecho Internacional

En la normativa internacional, podemos encontrar en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 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 en la ley."

La Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 8 inciso 2 literal h, se establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, en plena igualdad toda persona tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, indica en su artículo 7 que: "todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes."

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 2.2 del protocolo 7, determina el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, la cual se indica de la siguiente manera:

"1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una

jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley.

2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución."

Otros acuerdos internacionales en las que se destacan los recursos son(Letelier E. , 2013, pág. 150):

"El Estatuto de la Corte Penal Internacional, que reconoce el derecho de apelar de la sentencia incluso "en razón de una desproporción entre el crimen y la condena"(art. 81.1.a) y a la revisión del fallo a favor del condenado aun despues de su muerte(art. 84.1; la Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Nairobi, 1981), que reconoce el derecho de todo individuo a que sea visto su caso, a la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio de legalidad penal y de la personalidad de las penas(art. 7)".

1.3.- Criterios internacionales

1.3.1.- Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica¹¹.

El caso se circunscribe en la supuesta vulneración por parte del estado frente a la sentencia condenatoria que se le hizo al periodista Mauricio Herrera Ulloa por haber publicado una variedad de artículos en relación al diplomático Félix Przedborski, representante *ad honorem* de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria, a quien se le atribuía la comisión de hechos ilícitos graves, en el periódico La Nación.

El Tribunal Penal del Primer Circuito de San José condenó al señor Herrera Ulloa y al periódico La Nación, en carácter de responsables civiles solidarios, al pago de una indemnización por concepto de daño moral causada por las publicaciones emitidas por el señor Herrera, al pago de costas procesales y personales y al retiro de los artículos motivos de la querrella.

¹¹Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. 2 de julio de 2004.

Fue así que la defensa del señor Herrera Ulloa interpuso un recurso de Casación contra la resolución condenatoria del Tribunal Penal del Primer Circuito de San José con la finalidad de que se anulara la sentencia y se absolviera al señor Herrera, quien se constituía como imputado.

Posteriormente el imputado y el apoderado especial del periódico La Nación interpusieron otro recurso de casación por la vulneración del principio de congruencia; al haber falta de correlación entre la acusación y sentencia, y por la inobservancia del debido proceso.

Al respecto, la Corte Suprema declaró no procedente la Casación interpuesta por la defensa del señor Herrera Ulloa. Y en efecto quedó firme la sentencia condenatoria y se ordenó la ejecución de la decisión de la sentencia condenatoria por el Tribunal Penal.

Con el pasar de los meses, se declaró sin lugar el recurso de revocatoria y nulidad concomitante interpuesto por el apoderado especial de el periódico La Nación, Fernán Vargas Rohmoser y la defensa de Herrera Ulloa. El Tribunal Penal de San José declaró la suspensión de la ejecución de la sentencia.

El artículo 8 inciso 2 literal h de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad y dispone que durante el proceso, en plena igualdad toda persona tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Esto quiere decir que se debe velar en el ámbito de un debido proceso y derecho de defensa, la revisión por un juez o Tribunal Superior ante errores y perjuicios, y la posibilidad de evitar que quede firme un recurso.

Esta revisión debe presentarse con un recurso ordinario eficaz que permita un reexamen o un análisis integral de todas las cuestiones materia de *litis* en una instancia inferior. Por lo que ningún estado puede establecer límites o restricciones que vulneren el derecho a recurrir de la sentencia. Además, cabe resaltar que, no basta con la interposición de cualquier recurso, sino con la eficacia de este, en la cual se permita un examen integral como ya se había establecido líneas arriba.

Ahora bien, la defensa había interpuesto un recurso de casación, la cual para la Corte Interamericana de Derechos Humanos no bastaba como un recurso eficaz, ya que es un recurso con restricciones a diferencia de un examen integral del Tribunal inferior; por consiguiente, vulneraba el artículo 8 inciso 2 literal h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Es así que como establece (San Martín C. , 2015, pág. 650)la CIDH en la sentencia Herrera Ulloa vs Costa Rica 02 de julio de 2004, seis criterios respecto al sistema recursal.

"A. El derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial. Debe permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.

B. El derecho al recurso debe ser garantizado antes que la sentencia adquiera firmeza.

C. El Tribunal Superior debe reunir las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. El proceso es uno a través de sus diversas etapas.

D. El recurso debe ser eficaz y accesible. Debe evitarse dificultades a su acceso y dar respuesta a su finalidad revisora.

E. El Tribunal Superior debe proteger las garantías judiciales y el debido proceso a todas partes.

F. El recurso debe garantizar el examen integral a causa. Es insuficiente circunscribirlo a la revisión de los aspectos formales y legales de la sentencia. Por eso la casación sin apelación previa viola la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

1.3.2.- Opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La estructura del sistema interamericano se encuentra conformado por: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos – en adelante ComIDH-; como órgano consultivo la Organización de los Estados Americanos – en adelante OEA- y la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante CIDH-.

Entre los principales pronunciamientos se destaca las consideraciones que se tomaron en el caso Maqueda contra Argentina respecto al opinión de la ComIDH sometido a la CIDH en relación al artículo 8 inciso 2 literal h) del Convención American de Derechos Humanos (Letelier E. , 2013, págs. 199-200).

"a) En cuanto a la titularidad del derecho, sostuvo: *"Se entiende que este recurso es un medio establecido a favor del inculpado para proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa"*.

b) Acerca de la función del recurso, declaró: *" El recurso contra la sentencia definitiva tiene por objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de criticar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión."* El recurso debe configurarse de tal manera que, además, permita al Tribunal superior revisar *"la legalidad de la prueba y (...) con relativa sencillez(...) examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y debido proceso."*

c) Con relación al objeto del recurso, extendió la revisión a resoluciones judiciales distintas de la instancia: *"...el derecho previsto en el art.8.2.h requiere de la disponibilidad de un recurso de revisión que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes..."*.

d) Sobre el control de la razonabilidad del fallo se pronunció la Comisión, declarando: *"Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de la garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal"*.

1.3.3.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Caso Delcourt vs Bélgica; Caso Zaicevs vs Letonia

Antes de examinar el Caso Delcourt vs Bélgica, es imperante referirnos a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante TEDH–sobre los recursos, debido a que no obliga a los Estados a crear Tribunales o Cortes de Apelación y Casación; no obstante, establece que estos deben incorporar en su normativa la aplicación de los recursos, quedando de manera libre en la entidad el diseño del sistema de impugnación que ellos consideren, siempre que garantice el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y el acceso a los imputados a un Tribunal Superior.

En razón a ello, en Delcourt el Gobierno de Bélgica afirmó que el artículo 6 del Convenio no debía aplicarse a su Corte de Casación, pues no estaba correlacionado a la regulación que

establecía la Constitución de Bélgica de 1831, en la que el Tribunal de Casación no resolvía sobre el mérito de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Pues, el gobierno de la época, en la determinación del fundamento de cualquier acusación, según el citado del artículo 6 del Convenio, la intervención por parte del Tribunal de Casación no se podía establecer, por el hecho de que se limitaba a verificar la validez del juicio, sin el análisis de los fundamentos de la defensa y la acusación. Por lo que el Tribunal en base a lo declarado por la Comisión afirmó que toda decisión jurisdiccional incluso el recurso de casación afecta a las personas, toda vez que el imputado no desaparece luego que la sentencia dictada en primer grado o en apelación se eleva a casación, y con mucha más razón el fallo declarado por el recurso de casación puede tener mayores repercusiones respecto al justiciable(Letelier E. , 2013, pág. 186).

El Caso Zaicevs vs Letonia corresponde a la atribución que se le hacía al señor letón M. Zaicevs por contravención administrativa, a causa de irrumpir el despacho de un juez sin autorización. Por lo que por medio de una Ordenanza Definitiva, fue condenado a tres días de arresto administrativo por ofensas al Tribunal. Fue entonces que el TEDH se refirió a la ordenanza administrativa dictada dentro de un proceso administrativo sancionador como no susceptible de ser revisada ante un juez superior. A lo que el Tribunal Europeo consideró una infracción al artículo 2.1 del Protocolo 7.

Respecto a ello, el TEDH estableció que (Letelier E. , 2013, pág. 182):

1.- la aplicación del art.6 del CIDH a materias penales se verifica sobre la base de tres directrices: a) la naturaleza de la infracción en el ámbito interno, b) la naturaleza de la infracción, y c) la gravedad de la sanción aplicable a la persona involucrada. Considerados estos dos últimos opcionales para que según el artículo 6 se pueda dar ante la infracción de naturaleza penal o que la sanción se exponga el interesado, por su naturaleza o gravedad.

2.- Que en el ámbito de un proceso por una contravención administrativa no calificada como penal por el legislador, la detención infligida al requirente dispuesta como sanción principal por medio de una Ordenanza administrativa, tiene la naturaleza de una sanción penal, por lo que el Tribunal supone que fue sujeto de una acusación en dicha materia.

3.- Que la incorporación N° 7, se corresponden con la acusación en materia penal a que se refiere el art.6 del CEDH.

2.- Concepto y características

Los recursos son actos procesales que los sujetos intervinientes en el proceso interponen cuando consideren que se ha vulnerado sus derechos a partir de una resolución otorgada en instancia inferior, lo cual deberá darse con las formalidades y presupuestos que la ley exige para que pueda ser materia de revisión por el órgano superior, ya sea para confirmar, modificar o anular la resolución.

Para San Martín el recurso es un instrumento procesal, en la cual las partes dentro de un proceso penal pueden manifestarse respecto a su disconformidad frente a las resoluciones que él considere pudieran dictarse negativas o perjudiciales para sus intereses, teniendo como resultado la anulación o modificación. Los motivos pueden ser de ilegalidad o injusticia. (San Martín C. , 2015, pág. 642)

En este sentido decimos que el recurso es un instrumento jurídico que tiene como objetivo cambiar la decisión de la resolución judicial del órgano inferior por el hecho de que la parte recurrente supone que ha sido vulnerado sus derechos. Todo ello, se aplicará en base al principio de legalidad; es decir se regirá por lo establecido en la ley.

Las características que se resaltan de los recursos que lo hacen distinguirse de los remedios y otros actos de impugnación, son:

"1. Se dirigen contra una resolución judicial, de manera que resultan excluidos del ámbito los actos del juez desprovistos de carácter decisorios y los actos procesales de las partes, cuya impugnación debe, como regla, canalizarse a través del incidente de nulidad o llamados nulidad de actos procesales regulados en el libro segundo la actividad procesal del Código Procesal Penal.

2. En razón de requerir una declaración de voluntad de alguna de las partes, no cabe considerar recursos a la actividad oficiosa del juez, exteriorizada a través de la invalidación de actos decisorios directa o indirectamente portadores de una nulidad absoluta.

3. El hecho de que sea interpuesto dentro del mismo proceso en el que se dictó la resolución impugnada y a través de la invalidación de actos decisorios directa o indirectamente portadores de una nulidad absoluta.

4. Su interposición dentro de un plazo perentorio (art. 405 del CPP), que comienza a correr desde la notificación de la resolución de que se trate (art. 414.2 del CPP) y que es individual respecto de cada una de las partes.

5. La existencia de un gravamen para el recurrente, circunstancia que concurre, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, frente a la ausencia de concordancia, total o parcial, entre lo resuelto y lo solicitado por aquél (Neyra, 2015, págs. 567-568)".

3.- Finalidad

La finalidad que se busca con el sistema de recursos es que ante la interposición del recurso se impide que la resolución declarada por instancia anterior sea aplicada y tenga la calidad de cosa juzgada. En otras palabras, se requiere que el órgano superior obtenga un resultado de modificación o anulación, y así se impida la inmutabilidad de lo pronunciado en la resolución del órgano inferior.

Esta modificación que busca la parte recurrente tiene como causa la vulneración o agravio de sus derechos respecto a la resolución emitida en instancia inferior, por lo que tiene como objetivo, que se haga un examen sobre lo ya resuelto. Es así que el órgano superior tendrá como resultado, en caso cumpla los requisitos establecidos por ley, una revocación o anulación. La aplicación de la revocación consistirá en la sustitución de lo declarado en el fallo revocado por otro y la anulación, dejará sin efecto algunas actuaciones que se determinen en el proceso.

El órgano superior como instancia revisora hará el respectivo examen, pero todo ello estará limitado a lo establecido por la parte recurrente. Es así que el juez de Segunda instancia no podrá extralimitarse al pedido del recurrente.

En palabras de Roxin, se hace referencia al principio de prohibición de la *reformatio in peius* o *reforma en peor*, cuya finalidad consiste en que nadie debe abstenerse a interponer un recurso por temor a ser imputado con una pena todavía más grave. En consecuencia, se destaca tres criterios: 1) El recurso lo interpone sólo los acusados o tercero civil: el Juez de Segunda instancia podrá confirmar la resolución recurrida, reducir la pena o reparación civil, o absolver; 2) Respecto a los demás sujetos procesales no recurrentes, sólo si se trata de una decisión favorable, se extenderá; 3) El recurso lo interpone el Ministerio Público o la parte civil: El juez de Segunda instancia se pronunciará por el aumento de pena o reparación civil, si así correspondiera (Roxin, 2000, pág. 455).

4.- Clasificación de los recursos.

Los recursos son medios impugnatorios o actos de postulación, en la cual la parte gravada por la resolución definitiva puede obtener su revisión ya sea por el órgano judicial que la dictó o el órgano superior, con la finalidad de evitar los errores judiciales y asegurar la uniformidad y aplicación correcta del Derecho (Gimeno, 2015, pág. 863). Se busca que la resolución emitida por el órgano inferior o que causó agravio no tenga la calidad de firme o cosa juzgada. La clasificación de los recursos se rige por los siguientes criterios:

4.1.- Por el órgano revisor.

Respecto a este criterio los recursos pueden ser propios o impropios. El primero se dará cuando la revisión esté a cargo del órgano jurisdiccional superior; mientras que en el segundo supuesto el mismo órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada será quien realice la revisión.

En razón a ello, podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico que la primera parte del artículo 404 del CPP prescribe que los recursos deben ser interpuestos ante el juez que emitió la resolución recurrida y el reexamen de la resolución impugnada puede darse ante el mismo juez. Un claro ejemplo es el recurso de reposición, la cual se encuentra regulado en el artículo 415 del CPP. Asimismo, también puede estar a cargo del superior jerárquico ante la interposición del recurso de apelación, cuya regulación se encuentra en el artículo 417 del CPP.

El primer caso es un recurso impropio, ya que el ente revisor es el mismo órgano jurisdiccional; mientras que el segundo será propio, ya que la revisión se dará por el órgano superior jerárquico (Iberico, 2012, pág. 31).

Entonces se establece que para que se aplique este criterio es importante considerar quien es el juez que resolvió el medio impugnativo y no ante quien se interpuso un recurso.

4.2. Por la resolución recurrida.

En nuestro ordenamiento pueden impugnarse: los decretos, autos y sentencias. En el caso de los decretos, el único recurso que se puede interponer es el de reposición (art. 415 del CPP); si es contra autos, ya sean interlocutorios o interlocutorios con fuerza definitiva puede utilizarse el recurso de apelación o casación respectivamente (art. 416 del CPP). Contra las sentencias, si se presentara en primera instancia corresponderá interponer el recurso de apelación, y si nos referimos a una sentencia de segunda instancia, el recurso idóneo es el de Casación (art. 427

del CPP). El recurso de queja procederá contra las resoluciones que declaran inadmisibile el recurso de apelación y el recurso de casación, cuando lo otorga la Sala Penal Superior (art. 437 del CPP).

4.3.- Por el ámbito de la impugnación.

Los recursos se pueden clasificar en: extraordinario, ordinarios e instrumentales.

Los recursos ordinarios son aquellos interpuestos por el recurrente que no encuentran limitación en su fundamentación jurídica; es decir, están determinados por cualquier infracción del ordenamiento jurídico o motivo de oposición, ya sea formal o material. Basta para su interposición y concesión que se cumpla con los requisitos básicos de admisibilidad y procedencia. Un típico ejemplo es el recurso de apelación.

Los recursos extraordinarios son aquellos que no proceden contra cualquier tipo de resolución y requiere el cumplimiento de un mayor número de requisitos de admisibilidad y procedencia, siendo que debe existir una motivación especial para su admisión. Nuestro CPP determina como único recurso extraordinario el de casación.

Los recursos instrumentales son aquellos recursos que controlan la legalidad de la inadmisión por el órgano inferior de los recursos que derivan a un órgano superior. El claro ejemplo de esto es el recurso de queja, que procede cuando se da la inadmisión por el juez de primera instancia del recurso de apelación o la inadmisión del recurso de casación por la Sala Superior.

En doctrina se plantea un criterio más, los recursos excepcionales, que se determinan como aquellas acciones autónomas como por ejemplo el “recurso de revisión” que se plantean contra sentencias firmes (Hitters, 2004, págs. 70-72), sin embargo el presente criterio no tiene raigambre dentro de nuestro ordenamiento por dos motivos: a) no tenemos un recurso de revisión, sino una acción de revisión y b) la acción de revisión es un medio impugnatorio, no un recurso.

4.4.- Por sus efectos

En concordancia con este criterio, se determinan ciertos efectos a los recursos, en las cuales se resaltan: El efecto devolutivo, el efecto suspensivo, el efecto extensivo y el efecto diferido.

El efecto devolutivo se presenta cuando los recursos son de conocimiento de un órgano judicial distinto y superior jerárquico (*órgano ad quem*) al que dictó la resolución recurrida (*órgano a*

quo), dicho efecto repercute para el recurso de apelación, queja y casación y no para el recurso de reforma y súplica o el de nulidad de la Sentencia, resueltos por el mismo órgano que emitió la resolución impugnada. (Gimeno, 2015, pág. 870)

El efecto suspensivo se da cuando la resolución impugnada se mantiene en suspenso mientras el recurso no haya sido definitivamente resuelto.

El efecto extensivo, se presenta cuando por ejemplo el recurrente, uno de los condenados, le es favorable la sentencia, tal resolución se extenderá a los demás siempre que se encuentren en la misma situación del recurrente; si en todo caso, fuera desfavorable, no tendrá la misma consecuencia.

El efecto diferido se da cuando se "paraliza la remisión del juez competente para conocerlo, hasta que se configure el hecho que prevé la norma(Yaipen, 2014, pág. 148)".

5.- Principios de los recursos

5.1.- Principios generales del recurso:

Los principios en cuanto mandatos de optimización de obligatoria observancia, son guías en el plano procedimental de los recursos a interponer, de esta manera, es menester indicar los siguientes:

5.2.- Principio dispositivo:

Enaltece el rol impulsor de las partes, siendo que los recursos solo pueden ser interpuestos por los sujetos procesales legitimados, además con ello se condiciona y establece el objeto de la impugnación, en aras de salvaguardar el principio *iudex ne procedat ex officio*.

El presente principio ha sido recogido por nuestro CPP en el artículo 409 inc. 1 al señalarse que la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, sin embargo, el mismo artículo otorga una excepción a este principio al señalar que a pesar de no haber sido advertido por el impugnante el Tribunal podrá declarar la nulidad de oficio en caso de vicios absolutos o sustanciales.

5.3.- Principio *tantum devolutum quantum apelatum*

El principio *tantum devolutum quantum apelatum* constituye el límite cognoscitivo del Tribunal de revisión, pues aun cuando se adviertan errores no planteados por el recurrente, estos no

podrán ser considerados materia de impugnación; sin embargo, el Tribunal podrá conocer aquellos temas que por íntima conexión resultan imprescindibles para absolver la pretensión impugnativa, sin excluir, la extensión del motivo concerniente a una cuestión, a todas las otras que están lógicamente implicadas en ella (San Martín C. , 2015, pág. 651).

El principio es una clara manifestación de la congruencia procesal, por ello lo solicitado por las partes es lo que debe ser materia de revisión, siendo que la correlación entre la acusación y la sentencia se extiende a la segunda instancia. Así el Tribunal superior ha de estar vinculado por los límites, subjetivos y objetivos, trazados por las partes.

En la segunda instancia se pueden ver las siguientes hipótesis de incongruencia: a) cuando la segunda instancia decide cuestiones que han quedado consentidas; b) cuando omite decidir cuestiones que son materia de recurso y c) cuando modifica la sentencia en perjuicio del apelante (De Santo, 1999, pág. 164)

5.4.- Prohibición de la reforma en peor

Se prohíbe al Tribunal revisor la modificación de la resolución en perjuicio del imputado cuando ella solo fue recurrida por él o por otra persona autorizada por él en su favor.

Con este principio se pretende lograr que nadie se abstenga de interponer un recurso por el temor de ser penado de un modo más severo en la instancia siguiente (Roxin, 2000, pág. 454). En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha mencionado que de no existir esta prohibición habría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho de defensa e impugnación¹².

No obstante, este principio tendrá una excepción, ya que, si el fiscal es el que interpone el recurso, la sanción impuesta al imputado si podría ser reformada en su perjuicio (art. 409 inc. 3).

5.5.- Poder de reparación o integración:

De acuerdo a este poder, si en el marco de un hecho procesal considerado como el dato fáctico íntegro que constituye el objeto del proceso penal, que forma un todo unitario cuyo procesamiento separado dividiría de forma artificial hechos que forman parte de una unidad y el Tribunal de primera instancia olvidó una calificación jurídica sobre ello, el de segunda

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp N° 1918-2002-HC/TC. Alfonso Salazar Montalvan. 10 de setiembre de 2002. Fundamento jurídico 4.

instancia puede reparar la omisión y, en consecuencia, integrar la decisión, pues no agrega un hecho nuevo no valorado (San Martín, 2015, pág. 654).

En cambio, si se omitió juzgar un hecho procesal independiente, el tribunal de apelación no podrá subsanarlo, ya que tal hecho no ha sido elevado a su conocimiento, en el mismo sentido si se juzgó un hecho sin acusación, el Tribunal superior deberá sobreseer.

5.6.- Desistimiento:

En virtud del desistimiento, como expresión del principio dispositivo, se otorgan a las partes la facultad de manifestarse con eficacia plena en sentido contrario al progreso del recurso procedente. En ese sentido, con su ejercicio se expresa la conformidad con el fallo y la inexistencia de un interés capaz de sustentar la impugnación¹³.

El desistimiento está sometido a cuatro requisitos comunes a todas las partes: (I) Solo están autorizados a desistirse quienes hayan interpuesto un recurso; (II) Se presenta ante el juez que está tramitando el recurso, siempre antes que el recurso haya sido absuelto; (III) El desistimiento debe ser fundamentado, la parte debe explicar las razones del desistimiento; (IV) Si la solicitud la presenta el defensor, requerirá autorización expresa de su patrocinado. El desistimiento se configura personalísimo, no afectando a los demás recurrentes (art. 406 del CPP).

5.7.- Principio de legalidad:

El derecho al recurso emana de la Constitución Política; sin embargo, no es absoluto, pues su configuración se encuentra limitada a la legislación ordinaria.

En esos términos, la regulación sobre los recursos debe encontrarse de manera taxativa en el CPP, siendo que así lo dispone el artículo 404 al señalar en su inciso 1 que “las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley (...)”.

5.8.- Principio de trascendencia:

¹³ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República. (Ponente: Lecaros Cornejo) Recurso de casación N° 13-2009. La Libertad: 23 de abril de 2010. Fundamento jurídico 8.

De acuerdo al principio de trascendencia, los recursos solo pueden ser interpuestos por los sujetos legitimados, es decir, los que se consideren que hayan sufrido un agravio, perjuicio o gravamen con la resolución que pretenden impugnar.

Los sujetos legitimados son solo aquellos que la ley les confiere expresamente esa facultad, en caso de no distinguir entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponderá a cualquiera de ellos (art. 404 inc. 2 del CPP).

5.9.- Principio de formalidad:

Los recursos deben ejercitarse de conformidad con el procedimiento establecido por su ordenamiento jurídico (Hitters, 2004, pág. 56), no siendo posible recurrir supuestos no previstos por la ley.

Dentro de nuestro CPP encontraremos una serie de formalidades específicas – admisibilidad y procedencia- para cada recurso –apelación, casación y queja-, sin embargo, será el artículo 405 del CPP el que disponga de manera general las formalidades del procedimiento – forma, modo, tiempo, entre otras- para interponer un recurso.

5.10.- Principio de unicidad:

Bajo este principio se establece que cada resolución tiene un carril especial de impugnación y no varios (Hitters, 2004, pág. 55 y 57), es decir la ley predetermina un recurso particular para impugnar determinadas resoluciones.

El presente principio lo encontramos en los artículos 415, 416, 427 y 437 del Código Procesal Penal.

6.- Presupuestos procesales

Son aquellos que condicionan la admisibilidad y procedencia de los medios de impugnación, cuyo control corresponde al juez. Los presupuestos procesales se clasifican en subjetivos y objetivos.

6.1.- Presupuestos subjetivos

En los presupuestos subjetivos se encuentran: el gravamen y el carácter de parte.

El gravamen exige la existencia de un perjuicio que se haya producido en los pronunciamientos contenidos en la sentencia. La legitimación de la apertura de una nueva fase procesal para recurrir la resolución absolutoria corresponde a la parte para quien la resolución le ha sido desfavorable; por ello, se requiere que haya causado una lesión al interés del impugnante (Gimeno, 2015, págs. 867-868).

El carácter de parte está relacionado con la legitimación activa del recurrente que está reservado para las partes agraviadas con la resolución de la sentencia. No obstante, cabe resaltar que se pueden dar algunas modulaciones, en atención al interés directo del que resulte lesionado con la resolución emitida. Un ejemplo de ello es: cuando el agraviado del delito no constituido en actor civil tiene legitimidad para impugnar la sentencia absolutoria (Yaipen, 2014, pág. 150).

6.2.- Presupuestos objetivos.

En los presupuestos objetivos se encuentran: el objeto impugnabile y la formalidad.

En cuanto al objeto impugnabile, "el Código Procesal Penal precisa los tipos de resoluciones impugnables y el recurso correspondiente a cada uno de ellos." (Yaipen, 2014, pág. 150).

La formalidad que exige el Código Procesal Penal según el artículo 405 inciso 1 señala que debe ser presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.

Asimismo, debe ser interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. Con la posibilidad de ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva. En este último caso, la forma de impugnar será la misma que cuando se formalizó por escrito; es decir, en un plazo de 5 días.

Respecto a la motivación, quien recurre al medio de impugnación debe precisar los puntos que le causen perjuicio, así como los fundamentos de hecho y de derecho. El recurso debe concluir con la formulación de una pretensión concreta.

Ahora, en el segundo control de admisibilidad si no se cumplen con los presupuestos subjetivos y objetivos, el juez que tiene conocimiento del medio de impugnación podrá de oficio controlar la admisibilidad del recurso y anular el concesorio.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

1.- Origen y evolución:

Se atribuyen las raíces de este medio de impugnación ordinario, devolutivo y suspensivo al proceso penal romano de la época imperial (Binder, 1993, pág. 268).

Un primer avisoramiento de la apelación la podemos encontrar en Roma durante el periodo de la monárquica con la instauración de la *provocatio ad populum* – sin embargo, ya hemos aclarado que este no es el origen de la apelación, debido a que esta institución era más como una solicitud de gracia ejercido por el pueblo-, por la cual a ningún ciudadano se le podía imponer una pena si es que antes no había provocado al pueblo. Dicha institución fue utilizada como un remedio contra decisiones de condena de los *quaes to res parricidi* -funcionario público encargado de hacer las pesquisas de mayor relevancia en los crímenes capitales- y los *duoviri per duelliones* -funcionario que actuaba en proceso de alta traición (Ayán, 2007, pág. 47)

La *provocatio* solo podía ser utilizada por los ciudadanos de sexo masculino contra las más graves condenas, para ello debían dirigirse contra los comicios centuriales, para que estos determinaran si la condena debía ser mantenida o revocado. No obstante, su objetivo no era obtener un nuevo examen, si no la pronunciación de parte del poder soberano (Ayán, 2007, pág. 48).

Durante el imperio surge la figura de la *apellatio*, el agraviado tenía la facultad de quejarse ante el magistrado superior para que mediante la *intercessio* anulara el decisorio y juzgara el conflicto nuevamente, es decir tenía un juicio de segunda instancia que permitía la discusión *ex novo* de la causa soslayando lo resuelto en un primer momento (Letelier E. , 2013, pág. 39). En esta etapa se ve una apelación de carácter vertical y jerárquica, ya que se admitían las apelaciones ante el superior y finalmente ante el emperador (Vescovi, 1988, pág. 315).

Este tipo de sistema fue seguido por los ordenamientos mediales y continentales, sin embargo, a causa de la dificultad, coste temporal y material de celebrar un *novum iudicium*, se pasó a limitar la cognición de estos tribunales, por ello se dio paso al sistema de *revisio prioris instantiae*, que consistió en un reexamen de lo actuado sin tener que volver a celebrar un nuevo juicio, salvo casos excepcionales (Nieva-Fenoll J. , 2017, pág. 451).

Posteriormente, con la llegada de la revolución francesa se intentó suprimir la apelación, pensando más en un control político de la actividad de los parlamentos, hacia los que se guardaba un sentimiento de desconfianza. Se piensa en la apelación horizontal como alternativa para conferir la modificación de la sentencia a otros Tribunales de igual jerarquía, pero no tuvo la respuesta que se esperaba (Vescovi, 1988, pág. 315 y 316).

En la actualidad, la revisión del fallo por un órgano distinto al de primera instancia es garantizada por el recurso de apelación, cual es propio del sistema acusatorio contradictorio de origen europeo continental (Neyra, 2015, pág. 415).

2.- Los sistemas de apelación

Tradicionalmente, en el transcurso histórico, destacan dos modelos básicos: La aplicación plena (ZPO Alemania de 1877) y la apelación limitada (ZPO Austriaca de 1895).

2.1.- La apelación plena

En este modelo la apelación es un *novum iudicium*, cuyo punto de enfoque consiste en orientar a obtener una segunda decisión judicial respecto a la controversia inicial. Dicha decisión no solo recaerá en lo obtenido en primera instancia, sino también sobre los hechos y pruebas incorporadas posteriormente a su finalización.

Se debe 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 (Neyra, 2015, pág. 582).

La característica más saltante de este sistema viene constituida por la libertad en la aportación y actuación de nuevos medios probatorios, por ello en segunda instancia no se examina solamente si la decisión de primera instancia era correcta o no (Roxin, 2000, pág. 460 y 461), sino que se realiza una segunda instancia.

2.2.- La apelación limitada

Este modelo consiste en una simple revisión de la decisión de lo referido en primera instancia (Neyra, 2015, pág. 424), es decir se abre la posibilidad del doble grado de jurisdicción mas no se acepta introducir nuevos hechos y prueba que no fueron observados en primera instancia.

La ventaja de este modelo es que lograría que no se pierda un grado de jurisdiccional porque en base a dichas novedosas alegaciones no se dictará sino una única solución.

En contraste con lo referido, el Código Procesal Penal de 2006 adopta ambos modelos, dándole un mayor énfasis en un primer punto, al de apelación limitada; siendo que la plena se aplicará de manera modular.

3.- En la legislación comparada

3.1.- España:

Ha sido protagonista en estos últimos 10 años de varias reformas; pues, anteriormente primaba un sistema inquisitivo, pero hoy en día se rige por un sistema democrático en respeto de los principios del proceso penal y el garantismo.

Ello se destaca en importantes contextos de reformas, como lo es: la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en la que se rompe el sistema inquisitivo; por otro lado está el año 1978, donde se desarrolla reformas parciales, en tanto simultáneamente aparecía la Constitución de España y en 1988 se hizo una gran reforma, cuya implicancia consistió en un nuevo proceso penal en relación a los delitos menos graves. Asimismo, se incluyen instituciones en el Sistema Procesal Penal Español (Asencio, 2016, pág. 12).

La dinámica del ordenamiento jurídico español determina que en los procesos con delitos graves no está contemplado el recurso de apelación, pero sí el recurso de casación; mientras que en los procesos con delitos menos graves corresponde interponer el recurso de apelación (Cubas, Doig, & Quispe, 2005, pág. 546) ya que sólo había una única instancia para los delitos y para las faltas se contemplaba una doble instancia.

No obstante, dicha regulación causó problemas internacionales con el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto a la falta de adecuación al art. 14.5 del Pacto Internacional.

El art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York 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."

En concordancia con ello, el Tribunal Constitucional señaló que dicho artículo no determinaba propiamente una doble instancia, sino un acatamiento del fallo condenatorio de parte del

Tribunal Superior; es decir, que podía ser revisada por un recurso de apelación o casación dependiendo de la regulación de cada país.

En torno a ello, el Comité de Derechos Humanos se pronunció y condenó al Estado Español por la violación de los derechos del justiciable, en tanto se afectaba la presunción de inocencia como el derecho de libertad que posee toda persona; basándose en que el recurso de casación en este contexto es incompleto e inconcreto. Dicho esto, se debe aplicar las normas restrictivamente respetando los derechos fundamentales.

Actualmente, la apelación en el ordenamiento jurídico español se admite como medio de impugnación en los siguientes casos:

- "a) En los procesos por faltas, contra las sentencias dictadas por los Jueces de Paz, conociendo del recurso los juzgados de Instrucción (art. 87.1 LOPJ).
- b) En los procesos por faltas, contra las sentencias dictadas por los Jueces de Instrucción, en que conoce como tribunal *ad quem* la Audiencia Provincial actuando como tribunal unipersonal (art. 82.2 LOPJ).
- c) En los procesos por delitos sujetos a las reglas del procedimiento abreviado, contra las sentencias dictadas por los juzgados de lo Penal, conociendo de recurso la Audiencia Provincial (art. 790 LECrim).
- d) De las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal en el procedimiento rápido por determinados delitos (art. 803 LECrim)
- e) En los procesos por delitos sujetos a las reglas del procedimiento abreviado contra las sentencias dictadas por el Juez Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, conociendo del recurso la Sala Penal del mismo tribunal (art. 790 LECrim).
- f) En los procesos seguidos ante el Tribunal del Jurado, la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente es susceptible del recurso de apelación, conociéndolo la Sala de lo Civil y penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia (art. 846 LECrim)(Letelier E. , 2013, pág. 60)".

En resumen, la apelación en España se da de la siguiente manera (Oré, S/A, pág. 3):

“(…) solo es posible apelar en los procesos por juicios de faltas (art. 976.2), en el ámbito del procedimiento abreviado y del enjuiciamiento rápido (art. 790-792 y

803.1). No existe posibilidad de apelar en los demás procesos, donde se enjuician los delitos más graves; se mantiene para estos 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 en segunda instancia, revoca una sentencia absolutoria y condena por primera vez al acusado (...). En doctrina se critica que prefiera desnaturalizarse la casación en lugar de incorporar la apelación para garantizar la doble instancia en estos procesos”.

Cabe resaltar que en el ordenamiento procesal civil español sí se aplica el principio de doble instancia, a diferencia del proceso penal español que solo será de utilización para delitos graves.

3.2.- Puerto Rico

Está compuesto por un Tribunal de primera instancia, un Tribunal de Apelaciones y un Tribunal Supremo.

El Tribunal de Primera Instancia está constituido por jueces superiores y jueces municipales, quienes están sujetos a lo establecido en la Ley de la Judicatura, Art. 5.003.y 5.004, respectivamente.

El Tribunal de Apelaciones se encuentra en la parte media del Tribunal Supremo y el Tribunal de Primera Instancia.

En materia penal, se podrá incorporar, ante el Tribunal de Apelaciones, toda sentencia final de casos originados por el Tribunal de Primera Instancia y mediante *certiorari*, se podrá revisar sentencias en la que la persona haya alegado culpabilidad; asimismo, puede entender en autos de *habeas corpus* y de *mandamus*, como otros recursos extraordinarios, los cuales serán conocidos por un juez en primera instancia, pero su resolución estará sujeta a revisión por el Tribunal de Apelaciones.

Si bien la apelación en Puerto Rico no es un derecho constitucional, ya que no es incorporado como derecho en la Constitución Política, estatutariamente se le ha extendido el derecho a apelar a toda persona que sea convicta en juicio criminal (Nevares, 2014, pág. 221).

Respecto al Tribunal Supremo es el Tribunal de última Instancia, pero por excepción tiene jurisdicción ante el Tribunal de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo por medio del recurso de apelación tiene la facultad de ver sentencias finales que dicte el Tribunal de Apelaciones, en casos de inconstitucionalidad de una ley, resolución conjunta, regla o reglamento de una agencia o instrumentalidad pública, u ordenanza municipal, al amparo de la Constitución de Estado de los Estados Unidos o de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (Nevares, 2014, pág. 222).

3.3.- Costa Rica:

El recurso de Apelación en el ordenamiento jurídico de Costa Rica tiene un efecto devolutivo, en vista que quien procede a revisarlo es un Tribunal de grado superior.

Según el art. 452 del Código Procesal Penal de Costa Rica establece las resoluciones que son apelables de la siguiente manera:

“Además de lo dispuesto en el procedimiento contravencional y en la ejecución penal, el recurso de apelación procederá solamente contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que sean declaradas apelables, causen gravamen irreparable, pongan fin la acción o imposibilite que esta continúe.”

En la misma línea, el recurso de apelación se interpondrá ante el mismo tribunal que dictó la resolución y la misma audiencia donde se dio la resolución de primera instancia, con la excepción que, si la resolución fue dictada fuera de audiencia o por escrito, el recurso podrá ser interpuesto en el término de tres días siguientes a la notificación.

Ahora bien, cabe resaltar que en el derecho procesal costarricense tuvo gran importancia el caso denominado “Herrera Ulloa vs Costa Rica”, por el hecho que esta sentencia prácticamente establece que el ordenamiento jurídico de Costa Rica incorpore el recurso de Apelación de sentencia.

Pues desde la determinación de su Código de Procedimientos Penales no se incorporaba el recurso de apelación, sólo se establecía como único medio de impugnación contra la sentencia, el recurso de Casación; a lo que a criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no suponía compatibilidad con el art 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos porque no había una revisión integral de la sentencia.

Como respuesta a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el pronunciamiento jurisdiccional del estado de Costa Rica determinó en un primer momento,

añadir un modelo de Casación ampliada a partir de la ley N.º 8.503 del 28 de abril del 2006, la cual tuvo como denominación Ley de Apertura de la Casación Penal.

Sin embargo, este criterio no fue el adecuado para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, basándose en que se necesitaba una revisión integral del fallo, fue así que el 9 de junio del 2010 se dio la Ley N.º 8.837 denominada Ley de Creación del recurso de apelación contra la sentencia penal, la cual actualmente se encuentra en el Título IV del Código Procesal Costarricense (Araya & Hernandez, 2013, pág. 9).

En ello, será procedente el recurso de Apelación de sentencia cuando la parte interesada alegue conformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y la valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. El tribunal de Alzada se pronunciará sobre los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aun de oficio, los defectos absolutos y quebrantos al debido proceso que encuentren en la sentencia según el art 459 del Código Procesal Penal Costarricense.

En contraste, es menester mencionar el Caso Mohamed vs Argentina. Pues, el señor Antonio Mohamed en primera Instancia había sido declarado absuelto por el delito de homicidio culposo. Posteriormente en segunda instancia fue condenado por tal configuración del ilícito penal mediante sentencia de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional; es decir, la sentencia de absolución fue revocada en segunda instancia, y el juez dictó sentencia condenatoria, sin que acuda a la posibilidad de recurrir de forma efectiva tal sentencia.

En torno a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que se infringía el derecho incorporado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la cual se señala 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 tendrá el derecho, en plena igualdad, a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

4.- El quantum de lo impugnado

Una de las cuestiones que nos ha llevado el referirnos a los recursos devolutivos, en tanto es revisado por un órgano jurisdiccional superior es si el objeto del proceso en la etapa de la impugnación se modifica cuantitativamente o cualitativamente en cuanto a su fase anterior.

En torno a ello decimos que, el recurso de apelación y casación no tiene como origen un nuevo proceso de la etapa anterior, en tanto solo nos referimos al paso de una siguiente fase, por lo que el objeto sigue siendo el mismo y no se modifica en esta etapa.

Cabe resaltar, que las posibilidades de modificación del objeto procesal son susceptibles de darse durante la fase recursiva. Para ello es necesario diferenciar el objeto del proceso penal en juicio, el objeto del recurso y el objeto del proceso penal en la etapa impugnativa.

El objeto del proceso penal se determina en un juicio jurisdiccional donde se espera que el estado se pronuncie ya sea con una pena u otra consecuencia jurídica a un determinado sujeto que cumpla con las condiciones correspondientes de la teoría del delito, entre ellos la tipicidad y responsabilidad.

En consecuencia, cuando abordamos el estudio del objeto procesal penal nos referimos a un hecho concreto que tiende a caracterizarse por su inmutabilidad durante el proceso. Asimismo, predomina las características de indivisibilidad e indisponibilidad.

4.1.- Delimitación del objeto del proceso penal en la fase de apelación

Es imperante enfocarnos en el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, la cual indica que el superior es competente respecto a su tramitación y resolución impugnada.

En este sentido, con la interposición del recurso de apelación se limita al juez a que no se pronuncie más allá de lo impugnado. No obstante, el problema de la limitación del objeto del proceso penal se manifiesta en la impugnación parcial y la afectación de la irrevocabilidad.

La impugnación parcial se dará cuando dicha impugnación se refiere a ciertos puntos de la sentencia y no en su extensión requerida.

En un segundo punto el problema de la irrevocabilidad se presentará cuando el Tribunal de Apelación revisa lo que no es materia de impugnación, en cuanto a su falta de competencia.

4.2.- ¿Alteración del objeto del proceso penal en la etapa de impugnación?

En primer lugar, es menester abordar el principio acusatorio, en relación al respeto de la no mutabilidad del objeto del proceso penal.

En concordancia con ello, nos regimos por el principio de congruencia que consiste en la correlación entre acusación y el fallo que se emita; es decir, no se puede condenar a alguien que no ha sido acusado en la etapa correspondiente.

No obstante, en la STC 266/2006, de 11-IX-2006(FJ 2º) respecto a la calificación jurídica de los hechos en relación a los recursos, se ha afirmado que la sujeción de la condena a la acusación no puede ir más allá como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación jurídica de los hechos que se ha pedido. En consonancia, explica que:

"En tal sentido hacemos señalado que para que un Tribunal de apelación pueda apartarse de las calificaciones de los hechos propuestos por la acusación se requiere el cumplimiento de dos condiciones: a) que exista identidad del hecho punible (...); y b) que pueda considerarse que existe homogeneidad entre el delito por el que se dictó Sentencia condenatoria en instancia y el delito por el que se ha condenado en apelación (...)."14

El Tribunal español en la STC 155/2009, de 25 de junio se hizo énfasis al principio de congruencia en respeto de las garantías constitucionales, en donde se señala:

"(...) el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantías constitucionales, en lo que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifiestan del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones(...)."15

En la misma línea, no se puede condenar por un hecho que no ha sido parte del objeto procesal penal de la impugnación, o en todo caso si hubiera formado parte del mismo objeto y el acusado no se hubiera defendido, tampoco se someterá a una imputación.

Sin embargo, el problema se manifiesta cuando el pronunciamiento de parte del Tribunal de Apelaciones es distinto al objeto que fue materia en primera instancia. Incluso cabe darse el caso de una mayor información del que se emitió. Ante ello, la problemática a si el objeto procesal penal se mantiene o no a lo requerido; en otras palabras, si las modificaciones han sido tales que atente con la inmutabilidad del objeto procesal penal (Letelier E. , 2013, pág. 85).

¹⁴ STC 266/2006, 11-09-2006, FJ 2º. España.

¹⁵ STC 155/2009, 25-06-2006, FJ 6º. España.

- a) La imputación de nuevos hechos por los que no se dedujo acusación (hipótesis más grave).
- b) La modificación sustancial de los hechos por los que se acusó.
- c) Las alteraciones en el *iter criminis* que influyan en la pena.
- d) La atribución de distintos grados de participación penal.
- e) La incorporación de circunstancias agravatorias de la responsabilidad penal no debatidas en la primera instancia.

El tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la incongruencia *extra petita* en apelación, la cual mediante la actividad probatoria en segunda instancia tiene como efecto la modificación del relato fáctico. Para ello, señala lo siguiente:

"(...) la alteración que introduce el órgano de apelación no es más que una inevitable adaptación del relato de hechos probados a las consecuencias derivadas de la nueva valoración de la prueba, hasta el punto de que si no hubiera mediado esa modificación podría reprocharse a la Sentencia la falta de engarce razonable del discurso que liga la actividad probatoria, el resultado fáctico y consecuencia punitiva (...)." ¹⁶

5.- Modelo de apelación peruano.

Con la incorporación de la segunda instancia, el ordenamiento jurídico peruano ha establecido el modelo de apelación limitada, con ciertas referencias frente al modelo pleno.

En el modelo limitado puro, la apelación es complementaria respecto a la primera instancia, ya que hay un control negativo de parte de la segunda instancia. Dicho modelo indica que las partes no podrán deducir nuevas excepciones y medios de ataque y defensa, ni hechos o pruebas que no se hayan propuesto en primera instancia, salvo casos excepcionales que permita que se emita nuevo material probatorio. Es así que el órgano *ad quem* resuelve sobre lo dictado por el juez de primera instancia. (Cubas, Doig, & Quispe, 2005, pág. 549)

¹⁶ STC 28/2004 DE 4-III-2004, Fj 4°. España

5.1.- Sistema de apelación

Respecto al sistema de apelación,(Doig, 2004, pág. 188) nos dice que:

"El sistema de recurso peruano, considero que dos son los temas preocupantes en primer lugar, la necesidad de contar con una segunda instancia penal en todos los procesos penales; y. en segundo lugar, la configuración de la Sala Penal de la Corte Suprema como Tribunal de casación".

5.2.- Naturaleza

Es un recurso ordinario, cuya interposición no precisa una motivación específica que haya de fundarse en los motivos taxativamente determinados; es decir, puede darse en cualquier ámbito del ordenamiento penal o procesal penal, que incluye vicios procesales o defectos materiales; por ello, son las partes quienes delimitan la amplitud del recurso de apelación.

Asimismo, el Tribunal de segunda instancia tiene la facultad plena para resolver cuestiones de hecho y de derecho, lo cual se encuentra regulado en el art 419 NCPP que señala lo siguiente:

“1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.

2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria.

3. Bastan dos votos conformes para absolver el grado"

El Tribunal Superior cumple dos funciones: En un primer punto cumple una función depuradora, la cual consiste en que el Tribunal va a examinar resoluciones interlocutorias garantizando la tutela jurisdiccional; y en un segundo punto, cumplirá la función revisora, cuya examinación será el de las sentencias o autos equivalentes. En contraste a ello, el Tribunal *Ad Quem* tendrá la facultad de revisión y sustitución de la resolución si es apelada(San Martín C. , 2015, pág. 676).

En la misma línea, el recurso de apelación no puede resolver cuestiones distintas a las pretensiones por las partes en primera instancia, ya que estamos ante una revisión en donde la

litis, objeto de la primera instancia es la misma en segunda instancia, por lo que no puede darse la *mutatio libelli*.

En definitiva, se busca que el Tribunal se pronuncie por lo que fue materia de *litis* en primera instancia, ya sea estableciendo cuestiones sobre dicho objeto o en todo caso refiriéndose a la nulidad del juicio por el hecho de no respetar las garantías procesales o infringir las normas.

5.3.- Efectos

Se clasifican en devolutivos, suspensivos y extensivos en lo favorable.

a) Efecto devolutivo

El efecto devolutivo se presenta cuando el recurso es elevado al tribunal superior, de tal forma que la apelación constará sobre el material resultante ante el inferior respecto de la pretensión de la parte que apela- *tantum devolutum quantum appellatum*, la cual comprenderá los motivos del recurso y los puntos determinantes por el apelante(San Martín C. , 2015, pág. 677).

En pocas palabras se manifiesta en la competencia para su conocimiento del órgano superior al que dictó en primera instancia la resolución. De tal forma que comprende un efecto negativo y positivo.

En este primer punto, el juez inferior finaliza su conocimiento del objeto materia de *litis*: mientras que en un segundo punto quién es competente para asumir la jurisdicción es el juez superior.

Entonces decimos que consistirá en un reexamen de la resolución impugnada, cuya competencia corresponderá al órgano jurisdiccional superior distinto de aquel que la expidió. En relación a lo establecido, el artículo 364 del Código Procesal Civil señala que este medio impugnatorio será presentado a solicitud de parte o tercero legitimado ante el órgano jurisdiccional, con el objetivo de que se resuelva el objeto materia de *Litis* en tanto sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Cabe resaltar que todos los recursos tienen efecto devolutivo a excepción del recurso de reposición, en la cual el juez que se pronuncia por la resolución es el mismo que resuelve el recurso.

b) Efecto suspensivo

El efecto suspensivo se presenta cuando el recurso no se ejecuta y el Tribunal Superior lo mantiene en paralización hasta que haya una resolución.

En este sentido, hay una imposibilidad de que adquiera firmeza una resolución si es recurrible durante el plazo correspondiente, establecido por ley o que se ejecute una resolución judicial.

No obstante, para algunos autores el referirnos a la denominación ‘efecto suspensivo’ torna inadecuado porque da la idea que la impugnación “suspende” los resultados de la resolución, cuando no es así, en tanto que produce sus consecuencias propias al estar sujeto a un recurso. Sin embargo, la interposición del recurso prolonga la ineficacia del pronunciamiento, pero finalizará cuando se ha vencido el plazo para recurrir (Yaipen, 2014, pág. 146).

En cuanto al efecto no suspensivo de los recursos contra las resoluciones judiciales, su regulación se encuentra en el artículo 412 del NCPP, en la cual establece que:

“Ejecución provisional

1. Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere.
2. Las impugnaciones contra las sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado no podrán tener efecto suspensivo.”

En torno a ello, la regulación de las sentencias apeladas que tienen efecto suspensivo según el artículo 418.1 del NCPP se interpondrá contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia. En la misma línea, en el inc. 2 de dicho artículo, establece que si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente o se suspenderá si el Tribunal de Apelación así lo considera.

En definitiva, el efecto suspensivo se configura cuando la resolución se encuentra suspendida; es decir, el superior no se pronuncia de manera inmediata.

c) Efecto extensivo

El efecto extensivo sólo se aplicará en caso de favorabilidad, cuando la interposición de un recurso por uno de los sujetos tiene efectos en los demás sujetos pasivos siempre y cuando se cumple determinadas condiciones.

Es una excepción al principio dispositivo central en materia de impugnación y recursos, la cual tiene como objetivo evitar decisiones jurisdiccionales contradictorias y los enfoques de los sujetos procesales, quienes se encuentran en igualdad de condiciones.

Dicha igualdad jurídica ante la igualdad en la aplicación de la ley se manifiesta en dos formas: interproceso e intraproceso. En el interproceso existe una determinada norma para casos idénticos en base de procesos distintos; mientras que el segundo, nos referimos a mismas condiciones jurídicas de una pluralidad de personas en base de un mismo proceso (Yaipen, 2014, pág. 147).

Un ejemplo del efecto extensivo es el artículo 408 del NCPP que se señala que cuando se trate de un procedimiento donde hay coimputados, la impugnación que interponga uno de ellos favorecerá a los demás, siempre y cuando no se enfoquen en materia exclusivamente personal. Asimismo, también se puede manifestar cuando la impugnación por uno de los imputados favorece al tercero civil, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 408 del NCPP.

5.4.- Legitimados

A pesar de que la Ley no determina específicamente quienes son legítimos para interponer el recurso de apelación, la constante interpretación jurídica brinda la posibilidad, a todos los sujetos con excepción del juez.

Por tal, en un primer punto se encuentra el imputado quien sometido a una afectación de derechos corresponde interponer el recurso de apelación directamente o al abogado defensor, ya sea en la notificación de un auto o la lectura de una sentencia en el procedimiento sumario, y si en caso el imputado tuviera la condición de ausente o contumaz, el abogado defensor puede interponer la apelación (Cisneros & Genaro, 2002, pág. 105).

Asimismo, el Ministerio Público como persecutor del delito tiene la facultad de interponer el recurso de apelación de manera consolidada y firme, pero para ello es menester que tenga las debidas formalidades establecidas por Ley. La interposición del recurso del Ministerio Público se podrá incorporar contra un mandato de comparecencia, de detención y autos.

En la misma línea se encuentra el actor, en la que se resalta al agraviado, quien para que pueda participar en el proceso debe constituirse en actor civil en un primer momento, con la confirmación del órgano jurisdiccional ante la solicitud escrita u oral presentada por aquél.

El siguiente legitimado para interponer un recurso de apelación es el tercero civil, quien se fundará en un aspecto estrictamente económico.

5.5.- Tipo de resoluciones recurribles

Según el artículo 416 del NCPP, el recurso de apelación se puede interponer contra sentencia y autos, respecto a ello su siguiente análisis.

5.5.1.- *Contra autos*

Se constituye como garantía de un reexamen del auto que haya causado agravio a la parte.

El NCPP, en el artículo 414 indica que el plazo para la interposición del recurso de apelación es de tres días. Simultáneamente, una vez recibido el expediente judicial, la Sala de Apelación confiere traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación a la contraparte, sea el procesado o el Ministerio Público por un plazo de 5 días para que garantice en los sujetos procesales el derecho de defensa(Neyra, 2015, págs. 420-421).

Asimismo, cabe destacar que durante esta etapa del proceso los sujetos procesales excepcionalmente podrán incorporar medios probatorios, pero con la condición que sean documentales.

Ya en la audiencia, se da paso en primer lugar al abogado de quien interpuso el recurso de apelación y posteriormente a los abogados de los demás sujetos procesales.

Luego de finalizada la audiencia, la Sala de Apelaciones tendrá un plazo de 20 días para determinar su anulación o revocación de la resolución impugnada.

Si no conoce el apelante, la audiencia se lleva a cabo con los que asisten, conforme al inciso 5 del artículo 420 y el artículo VII, inciso tercero, ambos del Código Procesal Penal y el acuerdo plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema 1-2012.

Cabe resaltar que el derecho a la pluralidad de instancia no faculta a recurrir autos que deniegan recusaciones contra vocales supremos, por lo que el Tc estableció que:

"El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y, a su vez - en tanto derecho fundamental de configuración legal-, un contenido delimitable por el legislador democrático, genera entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que el referido derecho no implica un derecho del

justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso".¹⁷

5.5.2.- *Contra sentencias*

Conforme a lo mencionado líneas arriba, el recurso de apelación procede tanto contra los autos, como contra las sentencias.

El artículo 414 del NCPP indica que el plazo para la interposición del recurso de apelación contra sentencias es de 5 días.

Luego de transcurrido los 5 días para la apelación y el reexamen de admisibilidad, cuyos supuestos son los mismos que para el recurso de autos, la Sala de apelaciones se pronunciará por la inadmisibilidad o admisibilidad.

Respecto al pronunciamiento de inadmisibilidad puede ser impugnado a través de un recurso de reposición; mientras que, en el segundo, se le hará partícipe a las partes para que ofrezcan las pruebas nuevas correspondientes en el plazo de 5 días.

Ahora bien, dada la admisibilidad de la prueba ofrecida, se convoca a las partes para la audiencia del recurso de apelación.

En torno a ello, cabe resaltar la problemática que estuvo en cuestión referido al artículo 423. 3 del Código procesal penal que establece sanciones si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia. El Tribunal Constitucional en la sentencia 02964 -2011- PHC/TC Arequipa del 16 de julio de 2013, Caso Mauricio Ponce Nuñez, estableció que basta que vaya el abogado defensor, aplicando un test de proporcionalidad y que es innecesaria ni indispensable la presencia del procesado. En razón a ello, debe garantizarse el derecho a la pluralidad de instancia.

En la segunda instancia cabe la posibilidad del ofrecimiento y admisión de nuevos medios probatorios, como lo son: a) si se trata de medios probatorios de los cuáles recién se ha tomado conocimiento y por ello no los pudo ofrecer en primera instancia, b) si son medios probatorios que a pesar de ser ofrecidos en primera instancia fueron indebidamente denegados, siempre que se hubiera dado la debida oposición, c) si en todo caso hubieran sido admitidos válidamente en

¹⁷Exp. N° 04235-2010-PHC/TC. Cesar Augusto Nakazaki Servigon a favor de Alberto Fujimori. 11 de agosto de 2011. Fundamento jurídico 13.

primera instancia no fueron practicadas por causas no imputables al recurrente(Neyra, 2015, pág. 422).

Producida o no la admisibilidad de los medios probatorios, se convoca a la audiencia a todos los sujetos correspondientes que son: el fiscal, imputado recurrente, imputado recurrido, abogado y otros sujetos recurrentes.

Ahora bien, qué consecuencias podría traer la ausencia de uno de ellos en la audiencia de apelación.

En concordancia con ello, en el artículo 423 numeral 4 del Código Procesal Penal establece que, si los imputados son parte recurridas y no asisten, ello no impedirá a que se realice la audiencia y se le declare contumaz.

En la misma línea, el artículo 423 numeral 4 del Código Procesal Penal establece que, si el acusado recurrente no concurriera injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. Además, si es el fiscal quien se constituyera en parte recurrente y no asistiese, se procederá de la misma manera.

En cuanto al actor civil es concurrente obligatorio si ha interpuesto el recurso bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de apelación.

La controversia se basó justamente en el artículo 423, específicamente, como se explicó líneas arriba, en el inciso 3 del Código Procesal Penal, al considerarse la inconstitucionalidad, por infringir el derecho a la instancia plural establecido en el artículo 139 numeral 6 de la Constitución Política del Perú.

En torno a lo referido además del hábeas corpus citado, el Tribunal señaló a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 02285-2014-PA/TC, Ayacucho señaló que la audiencia de apelación podrá realizarse en ausencia del acusado si acudiera su abogado defensor, sustentándose en los fundamentos que serán abordados especialmente más adelante.

En la misma línea, el TC en el fundamento 4 del Exp. N.º 02964-2011 explica que:

"Esta interpretación es la que considera que el recurso de apelación de sentencia debe ser declarado inadmisibile cuando no concurra el imputado o, en ausencia de este, su abogado defensor. Es decir, solo se declarará inadmisibile el recurso de apelación cuando, además de la ausencia del abogado defensor a la audiencia de

apelación; de lo contrario, la sola presencia de este último basta para admitir el recurso y llevar adelante el debate contradictorio en la audiencia de apelación."¹⁸

Después de haberse instalado la audiencia, se determinará si el recurrente desiste del recurso de apelación ya sea total o parcialmente o en todo caso si se ratifica en lo establecido.

Ya en la etapa probatoria, se da paso en primer lugar a la parte apelante para que establezca sus alegatos, y en caso haya varios recurrentes se debe respetar el orden fijado en nuestro ordenamiento jurídico, siendo la última parte a la parte recurrida para dar los alegatos.

Posteriormente, la Sala Penal Superior debe pronunciarse en un plazo de 10 días respecto a la resolución de primera instancia, analizando según sus preceptos jurídicos y fácticos; y no variando los hechos, establecidos por el valor probatorio de la prueba personal en primera instancia, salvo sea incorporado prueba nueva actuada en segunda instancia, que lo permita, o sea por ilogicidad de la motivación, vulneración a las reglas de la experiencia o de la lógica

La sentencia de segunda instancia puede declarar la nulidad, ya sea total o parcialmente respecto a la resolución en primera instancia y disponer para la subsanación que se remita al juez correspondiente. Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada.

Si la sentencia de primera instancia es absolutoria se puede dictar sentencia condenatoria.

Si la sentencia de primera instancia es condenatoria se podrá dictar sentencia absolutoria o en todo caso si hubiera sido propuesto por acusación fiscal con el recurso correspondiente, podrá dictar sentencia respecto a una denominación jurídica más grave de lo pronunciado en primera instancia. Así también, puede modificar la sanción impuesta, imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad, todo ello establecido según el artículo 425 del Código Procesal Penal peruano.

La sentencia se puede llevar a cabo, sin la necesidad de que asistan todas las partes, así que no habrá ningún inconveniente para que se aplace el pronunciamiento respectivo. En contra de la sentencia solo procederá el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación.

Ahora bien, si luego de notificada la sentencia de segunda instancia, esta no es recurrida en el plazo correspondiente, se remitirá al juez idóneo para su ejecución.

5.5.3.- Problemática de la concurrencia de la parte apelante.

¹⁸Exp. N.º 02964-2011-PHC/TC. Arequipa. Mauricio Ponce Nuñez. 16 de julio de 2013. Fundamento jurídico 4.

Como se expuso anteriormente, ya establecida la admisibilidad de las pruebas, se convoca a las partes a la audiencia de apelación, como también se emplaza a las partes no concurrentes.

Respecto a ello, nuestro Código Procesal Penal determina la obligatoriedad de la asistencia de las partes recurrentes, y si en todo caso no asistieran a la audiencia, se declarará inadmisibile el recurso. Asimismo, la misma situación procederá para el fiscal recurrente según el artículo 423.3 del NCPP.

Ante la ausencia de las partes recurridas, la audiencia se dará normalmente, dejando a salvo el hecho de que se le declare reo contumaz. En todo caso, las partes privadas estarán obligadas si fueran recurrentes y no asistieran a la audiencia.

Si el enfoque en la apelación es el objeto civil, el imputado ni el tercero civil estarán obligados para asistir.

Todavía cabe referirnos a la problemática que gira en torno al artículo 423.3 del NCPP, para lo cual el Tribunal Constitucional determinó que no debería hacerse una interpretación literal de dicho artículo, ya que la presencia física y personal del recurrente para que se lleve a cabo la audiencia de apelación, no es necesaria; por ello, basta con la presencia de su abogado para sustentar su defensa respecto al recurso interpuesto. Pues, la interpretación que se le intenta dar no supera el examen de necesidad. Se requiere para la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación que el defensor no concurra al contradictorio(San Martín C. , 2015, pág. 688). En cuanto a la apelación de autos la concurrencia del recurrente será voluntaria.

Según el CPP la presencia del imputado en la audiencia de apelación en el interrogatorio hacía él, es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia en primera instancia, salvo su abstención a declarar, ello según el artículo 424.3 del Código Procesal Penal. En todo caso si la cuestión de derecho estuviera en controversia la presencia del imputado no es necesaria. Pues, su presencia es fundamental si se debate la declaración de hechos probados que ha tenido como consecuencia una sentencia condenatoria o se discute una medición de pena, salvo que se acoja a la cláusula de no autoincriminación

En definitiva, bastará con la concurrencia del abogado defensor del recurrente para que se lleve a cabo la audiencia y en el caso de autos con que el asistente de la sala de apelaciones de cuenta del recurso(Neyra, 2015, pág. 434).

5.6.- Procedimiento de apelación

-Interposición

El recurso de apelación se puede dar en autos como sentencias según el artículo 416 del NCPP. Cuando nos referimos a la apelación de autos el plazo correspondiente para su interposición es de 3 días (art. 414.c), mientras que el plazo para la interposición de sentencias es de 5 días (art. 414. b).

Un ejemplo complementario de su aplicación en relación al plazo de sentencia, el TC en el Exp. N.º 04865- 2012-PHC/TC del 5 de septiembre de 2016, afirmó que la apelación contra sentencia condenatoria no puede ser rechazada si fuese interpuesta dentro del plazo. Ello, ante la inaplicación del artículo 423, inciso 3, del Código Procesal Penal, el cual exigía la presencia del recurrente en la audiencia de apelación para declarar admisible el medio impugnatorio.

En cuanto a la forma, el recurso de apelación contra sentencias se puede dar escrita como oral. En esta primera forma, la parte se habrá reservado el derecho y tiene un plazo de 5 días para interponer el recurso ante el juez competente que pronunció la resolución impugnada. En la segunda forma, se interpondrá cuando se trate de sentencias dictadas durante la audiencia, lectura a la resolución que lo motive; en otras palabras, el juzgador pregunta a quien corresponda si interpone recurso de apelación podrá plantearlo oralmente no siendo necesario que en ese acto se fundamente el recurso o en todo caso puede reservarse la decisión de impugnación.

Para su debida fundamentación debe hacerlo por escrito en un plazo de 5 días según el artículo 405.2 del NCPP.

Posteriormente, deben precisar las partes los puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, precisando los fundamentos de hecho y de derecho.

Entonces para una debida motivación, la interposición del recurso debe cumplir con los siguientes requisitos: a) precisar las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación. b) fundamentos de hecho, c) fundamentos de derecho, y d) pretensión concreta (Cubas, Doig, & Quispe, 2005, pág. 552).

Cabe destacar el pronunciamiento del TC en el que se refirió a la vulneración del derecho de la pluralidad de instancias cuando, incumpliendo un mandato procesal, se deniega un recurso de apelación por extemporáneo.

Ello, frente a la inadmisibilidad del medio impugnatorio cuando se dio la audiencia de lectura del 5 de noviembre del 2010 y su formalización de la apelación después de dos días de la reanudación de las actividades del Poder Judicial cuando supuestamente debía presentarse el 15 de noviembre. Pues, la controversia giraba en torno a las actividades de los trabajadores judiciales, quienes se encontraban realizando un paro desde el 3 hasta el 14 de noviembre del 2010. Y ante la no certeza del Tribunal constitucional de que durante los días de huelgas las actividades del órgano jurisdiccional demandado se hayan desarrollado normalmente, se consideró no tomar tales días en el cómputo de plazo. Por lo que el Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

"En consecuencia, este Tribunal considera que el presente caso se rechazó incorrectamente el medio impugnatorio de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria, toda vez que el órgano jurisdiccional incumplió un mandato contenido en una norma de carácter procesal al denegar la apelación con el argumento de que fue interpuesta extemporáneamente, imposibilitando con ello la revisión de dicha decisión judicial."¹⁹

Fue así que determinó que se había afectado la pluralidad de instancias y se pronunció por la Nulidad de la resolución N.º 7 de 31 de marzo de 2011, que declaró nula el medio impugnatorio de apelación interpuesto contra la sentencia que le impone 30 años por el delito de violación de menor de edad e inadmisibles dicha apelación; más no la excarcelación que continuaba vigente.

- *Admisión*

El control sobre la admisión le corresponde tanto al juez de primera instancia contra cuya sentencia se ha interpuesto un recurso de apelación; a la Sala de Apelaciones, o sea un doble control.

El juez quien emitió la resolución impugnada se encargará de pronunciarse sobre la admisión del recurso y notificará a las partes (recurrentes, recurridas y no concurrentes); si esta resultara admitida, se elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. Asimismo, el Juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, deberá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio tal como lo indica el artículo 405.3 del NCPP.

¹⁹ STC EXP. N° 01369-2013-PHC/TC. 08 de julio del 2014.

Cabe agregar que, el órgano jurisdiccional está obligado a revisar los presupuestos subjetivos como objetivos. En los presupuestos subjetivos se encuentra la legitimación e interés para la impugnación o gravamen; mientras que en los presupuestos objetivos, la resolución impugnada, y formales, el tiempo, lugar, modo y motivación.

La Sala Superior recibido los autos, correrá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de 5 días, cumplida la absolución de agravios se pronunciará declarando concedido el recurso, o en todo caso si se declarara inadmisibile, el recurso se anulará y quedará firme la resolución de primera instancia.

Si recibidos los autos se declara la inadmisibilidad del recurso, puede proceder la interposición del recurso de reposición según el artículo 424.4 del NCPP. Y si se dicta dicho pronunciamiento, lo que se está poniendo en discusión es: a) la existencia de un defecto formal o estructural del acto impugnativo, b) la falta de poder para impugnar, sea por haberse producido la preclusión o la caducidad de la correspondiente facultad, c) la irrecurribilidad de la resolución originaria, d) la invocación de un motivo no permitido por la ley, en caso de casación, e) el no cumplimiento de una condición expresamente exigida por ley. (San Martín C. , 2015, pág. 683)

- ***Proposición de pruebas***

Antes de la notificación para la apertura y calificación del recurso en la audiencia es admitida la prueba documental como la incorporación de actos de investigación después del recurso, que se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales en un plazo de 3 días. En cuanto a la sala, absolverá el grado en un término de veinte días (420.7 NCPPP).

Respecto a la apelación contra sentencias, según el artículo 422.2 del CPP, las partes luego del escrito de fundamentación, tienen la facultad de solicitar la prueba nueva correspondiente: Sólo se admitirán los siguientes:

- "a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;
- b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,
- c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él."

En el primer punto debe referirse a hechos importantes nuevos que ingresan a segunda instancia, pero deben estar íntimamente vinculados al objeto de la acusación en primera.

La prueba indebidamente denegada se entiende como un medio de prueba en la cual no se ha cumplido con las normas procesales correspondientes, a pesar de haber sido solicitada en la forma y momento legalmente establecido, ser pertinente, tener relevancia frente a la prueba en cuestión de lo controvertido en el litigio(Cubas, Doig, & Quispe, 2005, pág. 555).

En otras palabras, decimos que deben cumplirse con ciertos requisitos:

- 1) que los medios probatorios hayan sido incorporados en tiempo y forma;
- 2) que posteriormente a la denegación, las partes, quienes son los únicos competentes, cumplan con la debida protesta ante tal decisión;
- 3) que no haya existido durante la tramitación del procedimiento de primera instancia ningún otro momento para proponer otro medio de prueba indebidamente rechazado; y que el tribunal, quien se encarga de la revisión del medio impugnatorio, lo considere pertinente y relevante, para que realice su debido pronunciamiento(San Martín C. , 2015, pág. 685).

En este sentido, los posibles conflictos que pudieron haberse presentado son: el mal entendimiento de la preclusión, impertinencia y la inutilidad.

Ahora bien, respecto a las pruebas admitidas que no fueron practicadas, el recurrente cuando se presente en segunda instancia debe respaldar el porqué del cual no se practicaron los medios probatorios.

Y en caso de imposibilidad para que se practique en primera instancia o en segunda instancia debe haber cesado, tal motivo por lo que se admitirá la prueba nueva.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 422.2 establece cuáles son los criterios de admisibilidad para los medios probatorios que ofrezcan las partes, cabe resaltar que hay otras pruebas que pueden ser incorporadas al proceso.

Nos referimos, a la incorporación de los testigos y los agraviados en el proceso, contemplado en el artículo 422.5, en la cual serán citados para su concurrencia siempre y cuando la sala por exigencias de inmediación y contradicción lo considere indispensable para sustentar el juicio de hecho de la sentencia. Siempre que las partes han insistido en su presencia.

En un segundo punto el artículo 424 inciso 3 del NCPP, establece que el interrogatorio es obligatorio cuanto el objeto de la discusión sea el juicio de hecho de la sentencia recurrida, salvo que aplique su derecho de guardar silencio.

- ***Ámbito y resolución de la prueba***

El derecho que tienen las partes para incorporar la pruebas tiene sus límites en el aspecto de que los medios probatorios tienen que ser indispensables respecto al objeto de controversia en primera instancia.

Luego de la presentación del escrito del ofrecimiento de la prueba, la Sala Penal Superior debe resolver la admisibilidad en un plazo de tres días. Tal resolución emitida no puede ser impugnada.

En razón a ello, el artículo 422.3 del Código Procesal Penal indica que los medios probatorios para que sean admisibles deben referirse al juicio de culpabilidad o inocencia.

En caso se cuestione la determinación judicial de la sanción, las pruebas solo deben estar referidas a este único extremo de determinación de la pena y en cuanto al objeto civil, regirse por el artículo 374 del Código Procesal Civil.

- ***Audiencia del recurso de apelación***

Luego de darse la admisibilidad de la prueba ofrecida para la audiencia de apelación en el mismo auto se convoca a las partes, incluso a los imputados no recurrentes.

En cuanto a la asistencia, el fiscal, imputado recurrente deben asistir obligatoriamente; y en caso, la impugnación fuere interpuesta por el fiscal, todos los imputados recurridos son indispensables en audiencia.

Sin embargo, la inasistencia de los imputados recurridos no va a impedir que se realice la audiencia de apelación sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y que se le declare reo contumaz.

No obstante, según el pronunciamiento del TC en el EXP. N° 04728 2012-PHC/TC del 24 de abril del 2014 se debe rechazar el recurso de apelación cuando el imputado y su abogado inasisten voluntariamente a la audiencia de apelación.

En este caso, el recurrente alegaba que no podía acudir a la audiencia de apelación de sentencia porque le era imposible ingresar a la sede de la Corte Superior de Lambayeque por la huelga de los trabajadores del Poder Judicial. Pues, el TC estableció que la huelga de trabajadores del Poder Judicial no impedía el ingreso para asistir al local judicial para la audiencia de apelación. Asimismo, se refirió de la siguiente manera:

"Este Tribunal considera que en el presente caso se rechazó correctamente el medio impugnatorio de apelación porque ni la recurrente ni su abogado defensor elegido libremente acudieron a la reprogramada audiencia de apelación sin haber justificado en autos su asistencia; es decir, que voluntariamente no asistieron a la citada diligencia demostrando con ello desinterés y dejando abierta la posibilidad de dilatar innecesariamente el proceso." ²⁰

Todavía cabe agregar que, si la pretensión se refiere al objeto civil, el imputado ni el tercero civil están obligados a asistir a la audiencia del recurso de apelación.

Ahora bien, ya en la realización de la audiencia de apelación, existen dos procedimientos respecto a la actuación probatoria, donde se practique o no.

En un primer punto decimos que la actuación probatoria se va a instar si lo que se determina en juicio oral es un juicio de culpabilidad o inocencia, o de la cuantía de la pena o de la reparación civil, siempre y cuando el enfoque de la revisión es de un aspecto de valoración de las pruebas personales, que es su credibilidad.

En la segunda modalidad se incorporará si la discusión gira en torno a una inadecuada calificación jurídica de los hechos que el órgano *a quo* declaró probados; si se estima su impropiedad o relevancia exculpatória, no cabe una audiencia con actuación de pruebas. Asimismo, no habrá actuación y examen directo y personal de la prueba cuando nos referimos a hechos coincidentes.

Cabe resaltar que el TEDH exige que la audiencia en apelación del acusado absuelto sea menester en caso no contenga la exigencia de repetición de la práctica de la prueba por considerar erróneo la valoración del juez de primera instancia, ya que, si se introduce tal hecho, la vía del recurso no tendría fin.

²⁰ STC Exp. N.º 04728 2012-PHC/TC. 24 de abril del 2014.

- *Deliberación de la sentencia*

Es secreta y el plazo para expedir sentencia es de 10 días. Para ello, se necesita de la mayoría de votos.

Se rigen por las reglas del artículo 393 del NCPP, y supletoriamente seguirá las reglas establecidas en el artículo 392 NCPP

Asimismo, el juez de apelación sobre la base probatoria, según el artículo 425.3, podrá:

"a) Declarar la nulidad, en todo en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar.

b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada."

Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el juez.

Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el juez de primera instancia.

También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.(Neyra, 2015, pág. 427)

La sentencia según el artículo 425 del NCPP determina que la resolución de la sentencia constará de la anulación, en todo o parte, de la sentencia apelada; o en todo caso, hará la confirmación o revocación de la sentencia apelada.

5.7.- La admisión y valoración de la prueba en segunda instancia

Para un adecuado juzgamiento, nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito procesal se rige en base a la sana crítica o valoración racional de la prueba, en la medida que consta de un conjunto de normas tanto generales como específicas que son objetivas para alcanzar la suficiencia probatoria y garantizar la presunción de inocencia.

La valoración racional de la prueba consta de ciertos criterios para su eficacia, conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, tal como lo establecido en el art. 158 del Código Procesal Penal.

Las reglas de la lógica se rigen por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, así como también por los principios lógicos de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente. Las reglas de la ciencia son aquellos en donde hay certeza según los descubrimientos científicos (Neyra, 2018, págs. 162-163).

Las máximas de la experiencia son juicios hipotéticos derivados de la experiencia colectiva que adquieren un soporte general para que se transmita como una base para los otros casos particulares. La valoración en este tipo de reglas no necesita ser probadas.

Dentro de su contenido esencial – respecto al recurso de apelación- se hace referencia que en segunda instancia corresponderá hacer un verdadero reexamen donde el Tribunal Superior verificará la situación de hecho y de derecho respecto a lo que se pronunció en primera instancia.

Conforme al artículo 139 inc.6 de la Constitución Política del Perú, se respeta la pluralidad de instancias. Lo que se concreta cuando el recurrente presente el medio impugnatorio ante la instancia respectiva para evitar cualquier arbitrariedad.

Es así que en respeto del doble grado de jurisdicción se le otorgará al Tribunal de segunda instancia la potestad de revisión integral, según el recurso, atendiendo los principios dispositivos y de congruencia. En un primer momento se hará el examen de los medios probatorios individualmente y posteriormente se evaluarán en su conjunto.

La valoración de la prueba de segunda instancia se abordará de manera independiente de la prueba actuada, prueba pericial, prueba documental y prueba constituida en audiencia para que no se dé la no repetibilidad o disponibilidad de la prueba.

Por otro lado, la valoración que realiza el juez de primera instancia de las declaraciones del imputado y testigo por los principios de imparcialidad e inmediación permite una percepción y relación directa con el material probatorio. Apreciándose especialmente que tengan una línea de racionalidad, precisión, coherencia y concuerde con las pruebas actuadas.

Así también cabe agregar que la valoración de la prueba del recurso de apelación como recurso ordinario alcanza la reparación de cualquier error de juicio o de juzgamiento (*error in iudicando*) independientemente de si se produjo en la aplicación de normas o en la apreciación de hechos (*error in iure*) o la valoración de la prueba (*error in facto*) (Neyra, 2018, pág. 167).

Y en todo caso, si se considera apelar la valoración probatoria de primera instancia por medio de un recurso de apelación, (San Martín C. , 2015, págs. 596-597), propone:

"A. Impugnar la lógica del razonamiento judicial. En la prueba testifical, por ejemplo, es posible analizar desde las actas o grabaciones si la exposición fue coherente, estaba corroborada, contextualizada y no contenía detalles oportunistas; por consiguiente, si se da validez a un testimonio con algunas de estas falencias, en tanto fueran relevantes, se concluirá que las valoraciones de la prueba no se guiaron por ciertos criterios lógicos. Tal es la amplitud del examen que incluso el *iudex a quem* puede reinterpretar toda la resultancia probatoria.

B. Impugnar la propia motivación. Se presenta cuando la propia motivación de las razones por la que el *iudex a quo* ha alcanzado una conclusión probatoria es inexistente -falta, por ejemplo, el análisis de credibilidad de las declaraciones- o su expresión deficiente. No obstante, pueda ser que la motivación sea insuficiente, pese a lo cual el *iudex a quem* puede confirmar la sentencia de primera instancia, en la medida en que sea factible incorporar en su análisis los criterios lógicos y objetivos correspondientes."

En la impugnación de la lógica del razonamiento judicial, los recurrentes no van alegar impresiones sobre la prueba, o simples intuiciones conducidas a desvirtuar el juicio probatorio porque no les fue favorable a su versión de los hechos. A partir de ello, será menester demostrar que las conclusiones del juez pudieron no ser ciertas, teniendo en cuenta que la valoración de la prueba practicada no respetó los criterios objetivos, lo que se tendrá que las conclusiones del juez no estén basadas en auténticas pruebas, sino en impresiones e intuiciones. En este sentido, el proceso no puede quedarse aislado en el mundo científico, es así que la mejor forma de integrarlo es siguiendo los parámetros para que las conclusiones probatorias del juez tengan las máximas posibilidades de corresponder a la realidad (Nieva- Fenoll, 2010, págs. 353-354).

En la impugnación de la motivación, el juez no expresa en absoluto las razones por las que ha alcanzado una conclusión probatoria. Es posible que esa falta de motivación, o su expresión deficiente, escondan en realidad un fallo de razonamiento, pero no es posible saberlo precisamente porque la motivación es insuficiente. Por lo que queda la oportunidad para que se denuncie esa insuficiencia, por ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (Nieva- Fenoll, 2010, pág. 354).

Ahora bien, una vez recurrida la sentencia y admitida a trámite, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días. Y

simultáneamente, se comunicará a las partes para el respectivo ofrecimiento de los medios probatorios en el plazo de 5 días.

Asimismo, cabe resaltar el ofrecimiento de nuevas pruebas que el imputado puede incorporar en segunda instancia: a) los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia, b) los presupuestos que fueron indebidamente denegados, siempre y cuando se haya dado la oportuna reserva, y c) los admitidos que no fueron practicados en su momento por causas no imputables a él (Neyra, 2015, pág. 424).

En la misma línea cabe abordar la prueba personal en segunda instancia. Pues, la Sala Penal de Apelación no podrá darle un valor probatorio diferente a la prueba personal que fue objeto de inmediación por parte del juez o colegiado de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

Respecto a ello, la Corte Suprema en la Casación 636-2014- Arequipa del 03 de febrero del 2016, Sala Penal Permanente, indicó que:

"En este sentido, al advertirse que el juzgador de mérito accede a la prueba personal actuada en primera instancia a través de medios técnicos de grabación u otro mecanismo técnico que reproduzca las actuaciones probatorias del juicio oral, reexamina la prueba personal, a efectos de detectar alguna infracción normativa en su valoración, mas no está permitido a otorgarle un diferente valor probatorio, salvo en las excepciones señaladas...la valoración del valor probatorio de la prueba personal en segunda instancia, por sí sola, no será suficiente para sustentar una sentencia de vista que perjudique la situación jurídica del procesado, más aún si existen medios probatorios de otra naturaleza(prueba documental, pericial, entre otras) que contradicen su valoración."²¹

La limitación para la prueba personal que ya ha sido evaluada en primera instancia se encuentra en la inmediación, al respecto la Casación N°54-2010- La Libertad del 03 de marzo de 2011 se enfoca en que para una correcta valoración de los medios probatorios es menester recurrir a la inmediación para una sentencia justa. En consonancia, se puede diferenciar dos aspectos en cuanto a la inmediación. 1) Entre quienes participan en el proceso y el tribunal, para lo cual se exige su presencia física; la vinculación entre los acusados y el Tribunal Juzgador es una inmediatez que se hace efectiva a través de la oralidad; 2) En la recepción de la prueba, para

²¹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Pariona Pastrana). Recurso de Casación N.º 636-2014, Arequipa: 03 de febrero de 2016

que el juzgador se forme una idea de los hechos y para que sea posible la defensa se requiere que la prueba sea practicada en juicio, la inmediatez da lugar a una relación interpersonal directa.(Neyra, 2018, pág. 168)

Estas excepciones al principio de inmediación, lo podemos encontrar en la jurisprudencia por el Tribunal Supremo respecto a la valoración probatoria. Es así que en la Casación N° 05-2007-Huaura del 11 de octubre del 2007 en el fundamento jurídico séptimo, señaló que, si bien el tribunal de alzada no puede modificar la valoración del contenido de la prueba personal, en atención al principio de inmediación y de oralidad, sin embargo, precisó que existen "zonas abiertas" accesibles al control, en situaciones referidas al contenido de la prueba personal.

En concordancia, en la valoración de los medios probatorios se pueden presentar dos zonas una opaca y otra abierta. La primera, se constituye por datos expresados por los testigos, quienes están ligados a la inmediación, toda vez que se destaca el lenguaje, la capacidad narrativa, precisiones en su discurso, expresividad de sus manifestaciones y otros; sin embargo, el control y supervisión de estos, no son susceptibles en apelación. En cambio, la zona abierta abarca lo relativo a la estructura racional del propio contenido de la prueba, los cuales son ajenos a la percepción sensorial del juzgado de primera instancia, para ello estos deben ser examinados en relación a las reglas de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia(Neyra, 2018, págs. 168-169).

Aún cabe agregar que la relación de la oralidad con la inmediación es imperante, toda vez que la oralidad es el mecanismo, mediante el cual se puede hacer efectiva la exigencia de inmediación entre juez y prueba. En otras palabras, es el juez quien conoce en el marco del juicio oral la percepción directa de la práctica de las pruebas que le pondrá en mejor posición epistemológica para valorarlas. Por lo que se constituye un límite para la revisión de los tribunales superiores que no disponen de la inmediación con las pruebas (Ferrer, 2018, pág. 86).

No obstante, una adecuada concepción del razonamiento probatorio junto con la concepción racionalista de la prueba y el debido proceso, permite que se limite el alcance de inmediación a la práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que de esa percepción se extraen (Ferrer, 2018, págs. 88-89).

Al respecto (Ferrer, 2015, pág. 89) establece el siguiente ejemplo: “(...) depende estrictamente de la percepción determinar si un testigo se muestra manifiestamente nervioso, pero concluir de ello que el testigo no es fiable depende de una inferencia probatoria a la que se incorpora la

premisa de que el nerviosismo de un testigo es síntoma de su mendacidad”. De ello concluimos que, no depende de la percepción determinar el nerviosismo del testigo, sino de las máximas experiencias de la psicología del testigo. Por lo que, no es necesaria la presencia en la práctica de prueba para mostrar que no es correcta dicha valoración; pues, el principio de inmediación resulta compatible con el control de las inferencias probatorias.

Asimismo, en la Casación N° 03- 2007- Huaura del 7 de noviembre de 2007, se estableció que el contenido de la prueba personal puede ser merituada por la Sala de Apelaciones, siempre y que haya sido entendida con manifiesto error, sea imprecisa, dubitativa, o haya podido ser desvirtuada por pruebas practicadas en segunda instancia.

En definitiva a lo que es prueba personal, nuestra jurisprudencia ha señalado que de manera excepcional será materia de valoración probatoria por la Sala de Apelaciones, la valoración realizada por el juez de primera instancia que infrinja las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencias, así como las garantías incorporadas en el Acuerdo Plenario N°02-2005/Cj-116 respecto a la ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación, enfatizando que el Juzgador puede controlar la prueba personal en aquellas zonas abiertas de la declaración, ajenos a la percepción sensorial del juez en primera instancia.

5.8.- La Condena del absuelto. Caso Mohamed vs Argentina²²

- Antecedentes:

El caso Mohamed vs Argentina gira en torno a las supuestas violaciones que se habrían cometido a partir de la sentencia condenatoria por homicidio culposo impuesta al señor Mohamed por primera vez en segunda instancia tras una absolución en primera instancia, debido a un accidente de tránsito del que fue parte y a causa de ello, falleció una persona.

Pues, el ordenamiento jurídico argentino no había previsto ningún recurso penal ordinario ante la sentencia condenatoria definitiva de segunda instancia. No obstante, la excepción fue el recurso extraordinario federal regulado en el art 256 del Código Procesal Civil y comercial, cual debía interponerse ante el órgano jurisdiccional, quien se encarga de admitir o no una sentencia y en caso de admisibilidad, correspondía su elevación a la Corte Suprema.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed vs Argentina. 23 de noviembre de 2012.

La defensa de Mohamed interpuso el recurso extraordinario contra la resolución de sentencia de segunda instancia, pero tal recurso se declaró inadmisibile. Posteriormente, interpuso un recurso de queja por haberse denegado el recurso extraordinario a la Corte Suprema.

Al ser desestimada el recurso de queja, la defensa de Mohamed solicitó la revocación. Ante ello, la Corte Suprema se pronunció y estableció que la sentencia del Tribunal no es susceptible de revocación o reposición.

En razón a ello, se solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un pronunciamiento respecto a la responsabilidad del Estado argentino, por haberse violado los principios de legalidad e irretroactividad, el derecho de defensa, el derecho a recurrir el fallo y el derecho a la protección judicial consagrados en los artículos 9, 8.2.c), 8.2.h) y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo ordenamiento jurídico, donde el imputado fue Oscar Alberto Mohamed.

- ***Pronunciamiento de la CIDH***

En torno a ello, la Corte estableció que todas las personas tienen derecho a recurrir una sentencia en principio de un debido proceso en la que un órgano jurisdiccional pueda revisar una sentencia adversa, ya que brinda una mayor credibilidad de lo decidido por el órgano jurisdiccional y tutela los derechos del justiciable.

La Corte determinó que el Sr. Mohamed tiene el derecho a recurrir en segunda instancia. Además, estableció que la regulación jurídica de Argentina no garantizó un recurso ordinario que tenga un acceso a un idóneo examen de la sentencia condenatoria. En este sentido, estableció que los recursos interpuestos por el Sr. Mohamed no son eficientes para acreditar el derecho a recurrir.

Estos fundamentos son aplicables independientemente del sistema de recursos que adopta los Estados parte; esto quiere decir, que así se le designe al medio impugnatorio de una sentencia condenatoria una denominación distinta, se respetará lo establecido por la Corte.

- ***Condena del absuelto***

La problemática gira en torno al artículo 419.2 del Código Procesal Penal que establece que la Sala Penal Superior tiene como poderes que la resolución impugnada sea anulada o revocada

total o parcialmente, en este último supuesto, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictarse sentencia condenatoria.

En este sentido, el artículo 425, inciso 3, literal b del Código Procesal Penal permite que dentro de los límites del recurso en la sentencia de segunda instancia se pueda confirmar o revocar la sentencia materia de apelación.

Respecto a ello, la Corte Suprema en la reciente Casación 1379-2017, Lima, Sala Penal Permanente, del 28 de agosto del 2018 indicó que:

"Es posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el derecho internacional- véase, por ejemplo, en *el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 83, numeral 2- 2. Cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso, requiere, fundamentalmente que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública – con presencia de los demás interesados o partes adversas- para cumplir esta exigencia el código procesal penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación, además, con fines de intermediación, autoriza la citación de testigos.*"

Si la sentencia de primera instancia fuera absolutoria se puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a lo emitido por el juez.

Sin embargo, dicho poder es innovador respecto al artículo 301 del Código de Procedimientos penales que señala que en caso de sentencia absolutoria solo podrá declararse la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral.

Es así que cabe resaltar, la Casación N°722-2014- Tumbes, cuyo párrafo octavo en los fundamentos de derecho indica que:

"En consecuencia, el consenso de la doctrina jurisprudencial establece que frente a una sentencia de vista que revoca una absolutoria de primera instancia, condenando

al absuelto; corresponde declarar nulas ambas, ordenando se lleve a cabo un nuevo juicio oral, en primera instancia, para salvaguardar el derecho al recurso del procesado; y por tanto, la revisión de su sentencia por un tribunal superior, respetando de esta manera la normativa nacional e internacional."²³

En el artículo 425, inciso 3, literal 5 del Código Procesal Penal indica que contra la condena de segunda instancia solo va a proceder el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos para su respectiva admisión.

Ahora bien, la problemática gira en torno a la configuración de nuestro sistema procesal penal en cuanto se estaría limitando el derecho a recurrir del sentenciado, ya que solo estaría habilitado como medio impugnatorio extraordinario, ante la sentencia condenatoria, el recurso de casación que tiene por naturaleza un carácter limitado a aspectos jurídicos. Y de esta manera, no se constituiría una nueva instancia.(Neyra, 2015, pág. 428)

Al respecto la Casación N°499-2014- Arequipa, en el párrafo noveno señala:

"En todas las sentencia se ha establecido la afectación que podría causar al derecho al recurso condenar al absuelto, pues, luego de la condena, la única posibilidad de impugnar que tiene el imputado es a través del recurso de casación, que es extraordinario, limitado al conocimiento de aspectos puntuales y tasados, que no posibilitan la revisión de la valoración probatoria, vicios procesales, cuestiones de hecho y derecho, como lo exige la normativa (artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos) y jurisprudencia internacional (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, Barreto Leiva vs. Venezuela, del 17 de noviembre del 2019), que sí se satisfacen con el recurso de apelación."²⁴

De ello se colige, según la Casación N.º 405-2014- Callao, que:

"En el fondo, no se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que, si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivo donde el juzgador

²³ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Neyra Flores). Recurso de Casación N° 722-2014, Tumbes: 18 de mayo de 2018.

²⁴ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Rodríguez Tineo), Recurso de Casación N° 499-2014, Arequipa: 16 de marzo de 2016

tenga facultades amplias de control. En esencia, se ha determinado que el derecho a la doble instancia, que gozan toda parte procesal, tiene un contenido especial en el caso de la parte que actúa como defensa. Dicho contenido es el derecho de impugnar el fallo condenatorio ante un tribunal superior que goce de amplias facultades de control."²⁵

Existen dos posturas respecto a la favorabilidad o disconformidad de la condena del absuelto.

Los doctrinarios que están a favor de la condena del absuelto establecen que no se vulnera el derecho de defensa, el derecho a un debido proceso o inmediación, debido a que en el juez de segunda instancia se basa en lo actuado en audiencia de apelación. Además, se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico el recurso de casación cuyo pronunciamiento no va a afectar la pluralidad de instancias.

En relación a ello, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14 inciso 5 determina 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". Además, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8, inciso 2, literal h, se establece 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".

En esta línea, el condenado tiene derecho al doble examen y a la doble revisión de la condena, así como la impugnación; sin embargo, no se refiere a una cuestión de derecho y la doble instancia del proceso, como es la casación, sino a una doble instancia de discusión de la decisión de condena, en la que no haya un alcance limitado a cuestiones jurídicas, si no también fácticas, sobre el juicio de hechos o juicios sobre el juicio.

En resumen, existen dos normativas diferentes sobre la condena del absuelto; por un lado el Código de Procedimientos Penales de 1940, que en segunda instancia no permite la condena del absuelto y faculta al órgano superior a declarar la nulidad y ordenar un nuevo juicio oral o una nueva instrucción; y por otro lado, el que brinda el Código Procesal Penal, que permite que la Sala de apelaciones dicte una sentencia condenatoria a quien fue absuelto por órgano inferior

²⁵ Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Villa Stein), Recurso de Casación N° 405-2014, Callao: 27 de abril de 2016.

con la única posibilidad que el recurrente presente el recurso extraordinario de casación, que se pueda examinar cuestiones de Derecho y no de hecho. Pues la condena del absuelto busca garantizar la tutela judicial efectiva como el principio de economía y celeridad procesal

Asimismo, se analizó la controversia si el recurso de casación era eficiente para remediar los aspectos en que se ha visto vulnerado el recurrente, por lo que la Corte Suprema se pronunció y señaló que condenar al absuelto no era el tema en sí controvertido, sino las facultades que tenía el juez para el control. En efecto, considerando que el recurso de apelación es el recurso ordinario que tiene para aplicar los fines anteriores y no el de casación consideramos que la nulidad de la resolución condenatoria de primera y segunda instancia es la adecuada, toda vez que se permitirá un nuevo juicio donde si fuera condenado el imputado, este tendrá derecho a impugnar dicha resolución a través de un recurso de apelación.

Ahora bien, haciendo un análisis de todo lo establecido concluimos que no es posible que se emita una sentencia condenatoria, vía recurso de apelación, respecto de una persona absuelta en primera instancia porque se afectaría el principio de pluralidad de instancia, así como el derecho a la impugnación. Todo ello, a partir que no nos encontramos frente a un recurso eficaz que permita hacer una revisión de la sentencia condenatoria por primera vez en segunda instancia.

Al respecto, el expediente 00861-2013-PHC/TC, el Tribunal declaró inconstitucional la condena en segunda instancia de quien fue absuelto en primera instancia, ya que determinó que la casación no constituía un recurso eficaz que tenga acceso a un reexamen integral del fallo condenatorio de segunda instancia. Además, la revisión de la casación se limitaba a un análisis de puro derecho.

Asimismo, se afirmó que se vulneraba el derecho a la pluralidad de instancia, toda vez que no permitía que la Corte Suprema realice una revisión de la sentencia condenatoria en segunda instancia tal como fue de alcance en la Sala Penal de Apelaciones en la Corte Superior de Justicia de Moquegua al conocer de la apelación contra la sentencia absolutoria de fecha 4 de julio del 2011, expedida por el Tercer Juzgado Unipersonal de Moquegua.

En definitiva, no basta con una doble instancia, es decir con un recurso de casación en donde no hay un reexamen de todo lo que fue materia de litis en primera instancia, sino se necesita un recurso donde se evite que se haga firme una sentencia condenatoria arbitraria e injusta.

V.- RECURSO DE CASACIÓN

1.- Origen y evolución histórica.

La casación fue creada durante la Francia revolucionaria en el año 1790 a partir de la denominada *Loi pour la formation d` un tribunal de cassation* naciendo como la solicitud que se presentaba al llamado *Tribunal de Cassation* – organismo situado al lado del poder del legislativo- que se encargaba de destacar las contravenciones expresas al texto de la ley, las vulneraciones más claras, por ello no motivaba las resoluciones – en este sentido era entendido la función de nomofilaxis, relacionado solo a un tema formal-; cabe señalar que en dicho tiempo se anulaba la sentencia recurrida, pero no se dictaba nueva sentencia, sino que el asunto era reenviado al *ad quo* para que corrigieran la aplicación de la ley(Nieva-Fenoll, 2015, pág. 321).

Con posterioridad se redactó una ley a través de la cual todas las sentencias debían de fundamentar su decisión, naciendo de ese modo en este periodo de la historia la función unificadora ya que el órgano casacional emitía una resolución que expresa la corrección del razonamiento de cara a un error en el proceso penal, por lo cual aquel tribunal ordinario que deseaba que su resolución no fuera casada tenía que orientarse a este razonamiento(Montero, 2006, pág. 622).

Se le otorga paralelismo a este instituto con la sección del consejo real que se encargaba de las demandas de los particulares – *Conseil de parties, órgano dispuesto por el rey y a servicio del mismo*-, sin embargo si bien se pretendió sustituir a esta antigua figura, no se inspiró en ella por qué su concepción era absolutamente novedosa, así como el hecho que la función que tenía cada órgano era totalmente distinta; mientras que el *Conseil* tenía una finalidad despótica, ya que “casaban” solamente las sentencias desobedientes al poder real, el Tribunal trataba de garantizar la conservación de la ley objetiva, en esos términos el *Conseil* no anulaba una sentencia contraria a ley, sino que sofocaba una insurrección (Nieva-Fenoll, El hecho y el derecho en la casación penal, 2000, págs. 24-26).

Este tipo de sistema no termino de funcionar completamente, debido a que al Tribunal de *Cassation* al no motivar sus resoluciones creaba confusión en los órganos jurisdiccionales al que era reenviado el asunto, a razón que no entendían su voluntad, lo que propiciaba que vuelvan a incurrir en la violación nuevamente.

Con la transformación de la República Francesa en Imperio, hecho por Napoleón, ocurre una reforma en el Tribunal cambiando su denominación a *Cour de cassation* y le otorgo de manera definitiva un carácter jurisdiccional, con lo cual ya comienza actuar como los actuales tribunales de casación(Nieva-Fenoll, 2015, pág. 322) y se define el carácter delimitativo de la casación de controlar el derecho y no el hecho(Nieva-Fenoll, 2000, pág. 36 y 37).

Las conquistas napoleónicas, aunque fueron efímeras, favorecieron la expansión del modelo, llegando a Italia, Alemania y España.

Si bien estos son los orígenes de la casación debemos tener en cuenta una realidad importante que hace alusión Jordi Nieva-Fenoll al señalar que los estudios sobre la casación han estado mayormente destinados a la casación civil(Nieva-Fenoll, 2000, pág. 27), siendo que incluso el propio Calamandrei se basa en un estudio al margen del proceso penal.

En ese sentido, para hablar de la historia de la casación penal debemos entender si el *Conseil des parties* se ocupaba también de cuestiones penales o solo de asuntos de derecho privado – si bien no es un antecedente del *Tribunal de Cassation*, cabe señalar que este último heredo su estructura orgánica(Nieva-Fenoll, 2000, pág. 29).

El *Conseil* se ocupará fundamentalmente de los asuntos en los que concurría un interés privado, sin embargo, ello no define en *strictu sensu* que dichos conflictos fueran solamente de derecho privado, sino que también de derecho público, por ende de derecho penal. Dicha conclusión según Nieva-Fenoll se apoya en dos razones: 1) Calamandrei señala expresamente que los asuntos que afectaban a una *ordonnance* en materia de orden público, como asuntos de competencia del *Conseil des parties*; y 2) es evidente que en la época las partes pudieran tener intereses particulares en asuntos penales. En ese sentido, el *Tribunal de cassation* también debió contar con una sección de asuntos de orden público, siendo que el Decreto que lo instituye no restringió su conocimiento solamente a asuntos de carácter privado, lo que no determina que este Tribunal viera todo tipo de delitos, sino su ámbito era el de conocer los delitos políticos(Nieva-Fenoll, 2000, págs. 28-29).

Por ende, puede señalarse que el origen de la casación en el ámbito penal va de la mano con el origen de la casación civil.

2.- Principales modelos casacionales.

A lo largo de la doctrina, partiendo desde Calmandrei, se ha indicado que una Corte Suprema tiene dos funciones: 1) realizar un control de legalidad de las decisiones de los jueces de menor jerarquía y 2) asegurar una relativa uniformidad de la jurisprudencia.

La casación no es más que uno de los modelos posibles de Corte Suprema dentro de un panorama de modelos amplios y variados, los cuales tendrá un efecto distinto en cada caso, a partir del hecho que cada uno otorgará una mayor preponderancia a una de las funciones antes descritas (Taruffo, 2009, pág. 93).

Cada modelo será definido según el tipo de sociedad en el que se encuentre. Desde nuestra perspectiva, si bien existen una gran diversidad de sociedades, son tres los principales modelos imperantes: 1) El franco-italiano; 2) angloamericano y 3) alemán (Taruffo, 2009, pág. 93).

2.1.- Franco-italiano.

El modelo adoptado por Francia y seguido por otros países como Italia, es el de la corte de casación. Las Cortes de este tipo de modelo no expiden un pronunciamiento de mérito, siendo que su función es anular el fallo y devolver lo actuado ya sea al mismo órgano inferior o a otro (Monroy, 2015, pág. 159), en otras palabras ejercían un control de legitimidad de las decisiones impugnadas.

Las cortes estructuradas bajo este modelo preponderan la función de nomofilaxis, teniendo en consideración que son herederas de la *Cour de cassation*, creada con la tarea de verificar la correcta interpretación y aplicación de las normas de Derecho.

Dentro de este modelo existe un funcionamiento de manera fraccionada a partir de criterios de especialización jurídica. Dicha división tendrá un nivel más arraigado en aquellos países donde se agregue a este criterio unas divisiones geográficas de la Corte en un funcionamiento esparcido a lo largo del territorio –múltiples Salas-, lo cual conlleva a que sea excepción una identificación unitaria de la Corte sobre una determinada cuestión jurídica (Monroy, 2015, pág. 159), así como el hecho de recibir múltiples recursos y emitir una gran variedad de sentencias.

Esto último ha hecho que Francia busque diversos criterios de selección de recursos, sin embargo todos han fracasado, inclusive actualmente no cuentan con ningún filtro, dicho aspecto de este modelo ha llevado que los magistrados de las Cortes Supremas sean un amplio número, un ejemplo es que en Francia en el año 2009 fueron 200 jueces en la Corte Suprema (Taruffo, 2009, pág. 101).

En cuanto al modelo de casación de Italia denominado como *Corte di cassazione*, es importante realizar ciertas precisiones, si bien tiene como origen histórico el francés ha venido desarrollando ciertas características autónomas.

Principalmente debe tenerse en consideración el hecho que la corte pueda pronunciarse sobre el mérito de la controversia, que conlleva a un desplazamiento parcial, pero decidido a una corte de tercera instancia y un alejamiento al modelo originario francés, pero que no implica un cambio radical a las funciones atribuidas a la corte, la cual continua siendo la nomofilaxis, desempeñando un control de legalidad sustancial y procesal sobre las sentencias que se examinen (Taruffo, 2009, pág. 102).

En este modelo italiano también existe la falta de filtros para la selección de los casos que llegan a la corte, siendo el problema más grave aún debido a que artículo 7 párrafo 11 de su Constitución dispone una norma general para que toda sentencia puede ser impugnada vía casación siempre que se proponga debidamente ante ella, el motivo de su constitucionalización radica en la función que tiene su corte de casación, que es asegurar con fuerza autorizada la uniformidad de la jurisprudencia a partir de garantizar el valor del principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley (Proto, 2015, pág. 539), no obstante dicha determinación conlleva a inferir la existencia de un derecho subjetivo individual que es constitucionalmente garantizado, por ello los intentos de introducir filtros para reducir la carga procesal de la corte serían inconstitucionales al ser un límite a la impugnación (Monroy, 2015, pág. 160).

Las consecuencias de esta realidad es que existan tiempos largos para la decisión de los recursos, se aumente el número de causales para interponer este recurso o en el peor de los casos al ser un derecho constitucional no existan causales y se necesiten una gran cantidad de magistrados para atender todas las decisiones impugnadas

El principal problema, advierte Taruffo, se da en relación a las funciones esenciales de las cortes, en efecto esta realiza un control de legalidad, no obstante, la realidad es que dicho control solo se realiza sobre el caso concreto y sólo sobre las cuestiones específicas que se han cuestionado, lo cual conlleva a desempeñar una función más privatista, en tanto responde a la solución privada de lo controversia planteada.

En ese sentido, el intento de buscar la uniformidad por medios de los precedentes, que también es un deber de la Corte di cassazione, es imposible de cumplir debido a la inmensa cantidad de pronunciamientos que existen durante cada año y que van aumentando progresivamente, siendo que en los últimos años se ha tenido 30 mil recursos de casaciones que se deciden cada año y

casi 100 mil juicios pendientes a fin de año (Proto, 2015, pág. 539), lo cual ha conducido a este ordenamiento a contar con una jurisprudencia abundante, contradictoria e inestable, que lo único que causa es una inseguridad jurídica en los justiciables.

En el 2006 se planteó una reforma para reforzar la función de nomofilaxis de la corte, sin embargo se realizó desde la arista incorrecta, siendo que en vez de implantar un mecanismo que limite los pronunciamientos de los jueces, ha optado por que la corte formule “principios de derecho” sobre cada motivo del recurso inclusive de los que son rechazados, lo cual ha conllevado a una multiplicación de las pronunciamientos que la corte está obligado a indicar sobre cuestiones de Derecho (Taruffo, 2009, págs. 103-104).

En esos términos es casi evidente la imposibilidad de ejercer la función de asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, o en otras palabras la función que refiere el hecho de producir precedentes dotados de efectiva autoridad para ser aplicados en casos análogos o similares.

2.2.- Angloamericano

Modelo que se encuentra bajo la regla del *common law*. Tiene como sus dos principales cortes supremas a la *House of Lords* inglesa y a la *Suprema Court* de los Estados Unidos.

Dichas cortes desempeñan el control de legalidad sobre el derecho de la decisión impugnada y resolver el mérito en casos particulares, no obstante, su rasgo esencial recae en buscar que las decisiones emitidas se conviertan en precedentes y actúen como normas, así como el hecho que a futuro se encuentren a servicio de los jueces en casos similares (Monroy, 2015, pág. 162), en otras palabras, al resolver las cortes no solo piensan en la solución del caso concreto, sino también en proyectar la solución para posteriores casos, a partir del establecimiento de criterios, siendo -a mi parecer- esto lo que ha llevado a este modelo a tener una jurisprudencia uniforme.

En esos términos la eficacia del sistema y la base de este recae en el precedente judicial vinculante – debemos tener en consideración que existe una diferencia entre precedente y precedente vinculante, siendo el primero una sentencia previa de una alta corte sobre un tema en concreto y el segundo, es una decisión que contiene una regla de obligatorio cumplimiento por los demás tribunales inferiores para casos similares-; sin embargo, debe realizarse una precisión en cuanto a esto sobre todo en las diferencias que se tiene al aplicar el precedente vinculante (*stare decisis*) en Inglaterra y Estados Unidos. En el primero de estos países la aplicación de este posee carácter de obligatorio, siendo que la jurisprudencia en el derecho inglés es tomada como una fuente derecho, siendo muy escasa la posibilidad de apartarse de las

decisiones emitidas por los jueces superiores en casos similares; mientras que por parte de Estados Unidos la jurisprudencia no necesariamente es vinculante, debido a que se deben diferenciar entre dos tipos de precedentes: el vinculante (*binding precedent*), seguido por todos los Tribunales, y el persuasivo (*persuasive precedent*), que no tienen la exigencia de ser observados por los demás tribunales, siendo que este tipo es establecido por los jueces inferiores o por jueces de otros estados (Bustamante & Agudelo, 2015, págs. 167-169).

No obstante a dicha distinción en cuanto al precedente vinculante, tanto el realizado por el *House of Lords* como por la *Corte Suprema* en los supuestos inclusive de no ser vinculantes cuentan de todas formas con una alta eficacia persuasiva y por ende inciden en gran medida en las decisiones posteriores de los órganos judiciales inferiores (Taruffo, 2009, pág. 95).

En ese sentido la función esencial en este tipo de cortes es asegurar la uniformidad de la jurisprudencia, lo cual se encontrará por encima del control de legalidad de cada decisión impugnada – lo cual no quiere decir dejar de lado la función de nomofilaxis, sino que su realización partirá de la eficacia de sus precedentes, es decir cumpliendo la función esencial cumple la segunda - afirmación que es sustentada por Taruffo en dos razones: a) la Corte Suprema tiene la potestad de elegir qué casos va a decidir y b) existe un número limitado de decisiones que profiere la Corte (Taruffo, 2009, págs. 95-96).

El primero tiene que ver con el uso del llamado *writ of certiorari* - consiste en una presentación directa de la Corte Suprema requiriendo a un Tribunal inferior el envío de la causa para su posterior examen, con lo cual denota que la revisión de la Suprema no es un derecho del recurrente, sino es parte de la discrecionalidad judicial (Nieva-Fenoll J. , 2009, pág. 486), a partir del cual la Corte confirma, aclara o modifica la interpretación de las normas o de la jurisprudencia en el ordenamiento.

Dicho instrumento viene siendo utilizado con plena e ilimitada discrecionalidad- a razón que claramente no encuentra ningún límite en la ley-, eligiendo sin motivación alguna los casos que deben ser materia de estudio y decisión, siendo el único criterio para optar por decidir o no sobre un caso: el de la administración del precedente.

En ese sentido, dichos casos se dan cuando: a) la corte considera necesario establecer cuál es la decisión correcta de una cuestión de derecho nueva, evitando incertidumbres y divergencias de opinión; b) la corte considera necesario resolver un conflicto de jurisprudencia surgido entre tribunales inferiores; y c) la corte pretende superar y arrinconar un viejo precedente, procediendo a formular una nueva solución de la misma cuestión de Derecho.

La segunda de las razones – número limitado de decisiones que profieren estas cortes- se basa en cifras, debido a que para el año 2009 la Corte Suprema de los Estados Unidos pronunció menos de doscientas resoluciones, lo cual viene partiendo como una tendencia que se mueve hacia la reducción progresiva del número de casos que se deciden. Esto tiene como principal consecuencia, y tal vez es algo que en los sistemas de *civil law* no se ha podido, tener bajo control la legalidad de todo el sistema jurídico, a pesar de pronunciarse con un número reducidísimo de sentencias cada año.

Otra de las características de este tipo de modelo, partiendo del hecho que no es necesario decidir miles de casos para hacer que la ley se aplique de modo correcto, es la no necesidad de una vasta cantidad de jueces, ya que los pocos jueces que deciden pocos casos están en la total capacidad de producir una jurisprudencia coherente y con la capacidad de influenciar en casos posteriores (Taruffo, 2009, pág. 97).

2.2.- Alemán

Modelo de seguimiento principalmente en países como Austria y Suiza y en diversos países escandinavos. Se le considera como un perfecto ejemplo de evolución de un sistema de *civil law*, comenzando con una función esencial de un control de legitimidad para posteriormente variar hacia una concepción donde la corte suprema debe estar orientada y en función de la unificación de la jurisprudencia, por ello se indica que la función primaria actualmente de este tipo de modelo se torna en administrar la legalidad del sistema jurídico en su totalidad, a través de sus sentencias (Taruffo, 2009, pág. 98). Dicha función comprende - al igual que en el modelo angloamericano- optar por priorizar la eficacia de los precedentes, ya que al cumplir esta cumple necesariamente con la de nomofilaxis.

Al *revisionsgericht* alemán se le considera una tercera instancia, cuyo acceso en tiempo anterior era limitado, por la previsión de una *summa gravaminis* elevada como por el poder discrecional de la corte de no tomar en cuenta la impugnación de algunos casos. Sin embargo, la impugnación ante la corte de revisión fue reformada en el año 2001, disponiendo que su admisión se realice únicamente en tres supuestos: a) cuando existencia de una cuestión jurídica de fundamental importancia; b) cuando una decisión de la corte de revisión fuese necesaria para la evolución del derecho y c) cuando sea necesaria la creación de jurisprudencia uniforme (Taruffo, 2009, pág. 98), en ese sentido se puede entender que la corte solo intervendrá cuando exista un problema que no puede ser dejado en incertidumbre y sea por ello necesaria la creación de un precedente, asimismo y vinculado al modelo angloamericano estos supuestos buscan

establecer sus decisiones no solo teniendo como finalidad la resolución del caso particular, sino también buscando la solución de casos posteriores.

La evaluación de estos requisitos se da a partir de un procedimiento parecido al que actualmente rige en nuestro ordenamiento claramente con sus atingencias, siendo apreciado en un primer momento por el tribunal de apelación que ha pronunciado la sentencia en cuestión, en caso este tribunal admita el recurso ello será vinculante para la Corte Suprema quien se pronunciará sobre tal, lo cual no se da dentro de nuestro ordenamiento ya que la suprema tiene la potestad de declararlo inadmisibile. Por otro lado, en caso se niegue la autorización, al considerar que no se concurren las condiciones para una misma decisión de la corte suprema, entonces las partes podrán presentarle a la misma corte suprema la impugnación, lo que en nuestro ordenamiento podríamos hablar del recurso de queja.

Taruffo le otorga dos particularidades a este modelo (Taruffo, 2009, págs. 99-100): 1) Existe una discrecionalidad amplia para la elección de casos para decidir, sin embargo este modelo es muy claro y preciso en los criterios que permitan la admisión, siendo que además – y a diferencia del ordenamiento angloamericano- se encuentran determinados normativamente; 2) la aplicación de criterios permiten tener bajo control la cantidad de recursos, no obstante a contraste del modelo del *common law*, ya no son tan poco los casos, sino que aumentan considerablemente, lo que va de acuerdo con la tradición de los modelos del sistema del *civil law*, siendo por ende que las participación de sus cortes dentro del ordenamiento es de manera mucho más constante, sin ello restarle la autoridad e intensidad a sus precedentes.

3.- El recurso de casación en la legislación comparada.

3.1.- España.

La Constitución Española – en adelante CE- en su artículo 123 lo define como el “Tribunal superior en todos los órganos jurisdiccionales”. Recurso de carácter extraordinario, devolutivo, de efecto extensivo (art. 861 bis b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española – en adelante LECrim-) y en caso de sentencias recurridas absolutorias producen efectos no suspensivos, en caso de condenatorias los efectos son suspensivos.

Sus principales funciones a destacar según Vicente Gimeno Sendra son (Gimeno, p. 911, 2015): 1) la depuración y control de la aplicación del Derecho por los Tribunales de instancia – función nomofiláctica- lo cual se encuentra regulado en el artículo 123 inciso 1 de la CE; 2) la unificación jurisprudencial, previsto en el artículo 14 de la CE y 3) Según doctrina del Tribunal

Constitucional Español – en adelante TC- medio a través del cual el ciudadano puede hacer tutelar sus derechos, al contar con la posibilidad de someter a revisión un fallo que le causa algún tipo de agravio.

a) Resoluciones recurribles

Dentro de este ordenamiento y de conformidad con lo señalado en el 847 y 848 de la LECrim y el Acuerdo de 2 de junio de 2016 serán recurribles en casación:

- Sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.
- Sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.
- Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la sala de lo penal de Audiencia Nacional en segunda instancia, pero solo por el primer motivo del art. 849LECrim – infracción de la ley- y siempre que exista interés casacional – dispuesto en el art. 899 de la LECrim. Asimismo, se exceptúan las sentencias que se limiten a declarar la nulidad en primera instancia (art. 847.2LECrim).
- Autos definitivos de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia, así como los autos que la ley autoriza y solamente por el motivo de infracción de ley (art. 848 de la LECrim). Se deberá entender como autos definitivos a: 1) autos de previo pronunciamiento en los procedimientos ordinario y abreviado, previa apelación (art. 848de la LECrim); 2) sobreseimiento libre en los procedimientos ordinario y abreviado contando previa apelación (art. 636 y 848de la LECrim) y 3) autos que LECrim dispone expresamente en los artículos 25, 31, 32, 35, 37, 40, 43,- todos estos relativos a cuestiones de competencia-, 69de la LECrim – recusación-, 625de la LECrim – reputando delito leve el hecho que hubiera dado lugar a la incoación del sumario-, 676de la LECrim - sobre el previo pronunciamiento de la declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción y amnistía e indulto, 988de la LECrim – los que resuelven los expedientes de refundición de condena o de acumulación jurídica de penas dictadas.
- Cabe advertir que no cabe recurso de casación contra los autos dictados en materia de ejecución de la responsabilidad civil, sin embargo existen excepciones en la jurisprudencia como: el auto es complemento de la sentencia y es por ello susceptible del recurso que cabe contra ella; cuando el auto es concreción relativa a un punto que forma parte necesariamente del Fallo (art. 142 de la LECrim); cuando el auto recaído en fase de ejecución tiene verdadera naturaleza decisoria al indicar en el fallo

modificándolo, por ello se encuentra sujeto a recursos como la casación; auto que contiene un pronunciamiento de fondo sobre el alcance de la obligación de indemnizar que pudo resolverse en sentencia si las partes lo hubieran planteado en sus calificaciones, como el auto que resuelve la liquidación de intereses (Gimeno, pp. 914-915, 2015).

b. Legitimados para interponer el recurso.

Según lo dispuesto en el artículo 854 de la LECrim son legitimados activamente para ejercer el recurso son:

- El Ministerio Fiscal.
- Quienes hayan sido parte de los juicios criminales.
- Los que resulten condenados en la sentencia sin haber sido parte.
- Los herederos de unos y otros.
- El actor y responsable civil, limitado a recurrir los aspectos relacionados con la pretensión civil resarcitoria que surjan como consecuencia de daños de la acción delictuosa.

De la observancia de la disposición se infiere que la legitimación activa no se supedita exclusivamente a la víctima o al titular del derecho infringido, sino también a los que ostentan un interés legítimo sobre la causa, siendo suficiente que el recurrente se encuentre en una determinada situación jurídica-material, respecto a la resolución, identificable a un interés en sentido propio, cualificado y específico.

Asimismo, la legitimación procesal para interponer recurso de casación parte del carácter desfavorable que la resolución causa para el recurrente.

c. Motivos de la casación.

Jordi Nieva-Fenoll señala que en el afán de continuar con el modelo tradicional España divide los motivos de casación en dos grupos, de fondo o *in iudicando* y los de forma o *in procedendo*, no obstante al igual que en la mayoría de legislaciones no existe unanimidad doctrinaria o jurisprudencialmente en torno a que motivos se sitúan en cada grupo (Nieva-Fenoll J. , 2017, pág. 467).

c.1. Por infracción de la ley.

1. Infracción de precepto penal de carácter sustantivo, o norma sustantiva no penal a la que se remite una norma penal en blanco. Cabe aclarar que en cuanto a infracción debe entenderse como cualquier tipo de error relativo al alcance respecto a la ley lo cual resulta determinante para el fallo, así como en torno a lo que se refiere sobre otras normas sustantivas, entre estas se comprenden las relativas a la pretensión civil acumulada en el proceso penal y cualquier otra cuya aplicación se erija como presupuesto para la aplicación de normas propiamente penales (Armenta, 2010, pág. 269 y 270).
 2. Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgado sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. La existencia de este motivo a tenor de Gimeno Sendra no es coherente con el recurso de casación, debido a que en la medida que posibilitan un *novum iudicium* es más propio de un recurso de apelación, sin embargo, frente a la inexistencia de una doble instancia en el ordenamiento procesal español es necesario que el Tribunal Supremo compense este déficit de garantías (Gimeno, 2015, pág. 921).
- c.2. Por quebrantamiento de forma.

En torno a los motivos de este tipo para la interposición del recurso de casación Armenta nos indica que el legislador ha visto conveniente agruparlos en dos categorías (Armenta, 2010, pág. 270):

1. Quebrantamiento de forma en el juicio oral
 - Indebida inadmisión de un medio de prueba o de una pregunta al testigo (art. 850.1, 3 y 4).
 - Si se omitió la citación de las partes o se celebró el juicio e ausencia de un reo (art. 850.1, 2 y 5).
2. Quebrantamiento de forma en la sentencia
 - Defectos de motivación e incongruencia (art. 851.1, 2, 3). Esto se puede resumir: a) falta de claridad de los hechos probados, ejemplo la ausencia de un apartado en donde se determine la conducta de cada procesado; b) contradicción entre los hechos probados y c) predeterminación del fallo, que implica expresiones jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado y que suprimidos dichos conceptos jurídicos dejen al hecho sin base alguna. En cuanto a la congruencia, tiene que ver con el supuesto en

donde no se resuelva en la sentencia sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.

- Sentencia dictada por número inferior de magistrados al exigido en la ley, o participación en la sentencia de magistrados incurso en causal de recusación (art. 851.5 y 6).

c.3. Infracción del precepto constitucional (art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Si bien no se encuentra dispuesto de manera expresa en el art. 852 de la LECrim se debe considerar como el motivo de casación más frecuente la posible vulneración de los derechos fundamentales, en específico en dos vertientes: de un proceso con todas las garantías – siendo el motivo principal la denegación arbitraria de un determinado medio probatorio pertinente y útil (Gimeno, 2015, pág. 931)- y a la presunción de inocencia – que se concretiza en el hecho de alegarse la no existencia de una mínima actividad probatoria de cargo en la instancia que permita doblegar la garantía de la presunción de inocencia, siendo que la “solución” constante que suele dar el Tribunal Supremo en tanto ha esta alegación es valorar hipotéticamente si con las mismas pruebas que tuvo el juez *a quo*, este también hubiera dictado una condena, lo cual es criticable totalmente (Nieva-Fenoll J. , 2017, págs. 468-469).

d. Procedimiento.

Su recurso de casación tiene un carácter muy formalista. Se encuentra dispuesto desde el artículo 855 hasta el 906 de la LECrim, de la cual cabe distinguir las siguientes fases:

- Preparación del recurso de casación.

El escrito de preparación es presentado ante el órgano que haya dictado la resolución que se pretende impugnar, en el plazo de 5 días siguientes a la última notificación efectuada (art. 856 LECrim).

En dicho escrito el recurrente deberá sostener el motivo concreto de la casación, en base al poco tiempo comúnmente en la práctica se sostienen todos los motivos tasados por la LECrim, escogiendo el motivo concreto al momento de la interposición (Nieva-Fenoll J. , 2017, pág. 474).

El recurrente debe consignar la promesa de constituir el depósito de cuantía variable (art. 875 de la LECrim) siendo el monto de 72 euros, es un requisito que cuyo incumplimiento es susceptible de subsanación.

Definiendo que la resolución es recurrible en casación y el escrito cumple con el total de los requisitos, el órgano “a quo”, dentro de los tres días siguientes tendrá por preparado el recurso, en caso contrario lo denegará por auto motivado del que se dará copia certificada en la notificación al recurrente, con la finalidad que interponga su recurso de queja.

Cuando lo tenga preparado, sin previo examen del fondo remitirá el asunto a la Sala Segunda del Tribunal Supremo emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal en el plazo de 15 días – si proviene de la península-, 20 días – viene de Baleares- y treinta – procede de Canarias.

- Interposición y oposición

El escrito de interposición se presenta ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo dentro del término concedido a las partes para que comparezcan ante dicho órgano judicial, de transcurrirse el tiempo – plazo para el emplazamiento- sin interponerse, el recurso será declarado desierto y se tendrá por consentida y firma la resolución impugnada (art. 873 de la LECrim).

Las formalidades del presente escrito se hallan en el art 874 de la LECrim, donde se indica que deberán consignarse: 1) fundamento o fundamentos doctrinarios y legales aducidos como motivos de casación; 2) el artículo de la LECrim que autorice cada motivo, sin que pueda incluirse en un motivo cuestiones distintas susceptibles de fundar otros motivos y 3) las reclamaciones practicadas para subsanar el quebrantamiento de forma que se suponga cometido y su fecha, siendo este requisito no de aplicación en todos los casos, solo para aquellos en que la falta misma es la que exige este requisito.

En el mismo escrito se realizará la solicitud de vista de la causa (art. 882 bis de la LECrim). Una vez nombrado el ponente, del escrito de interposición se dará traslado, por plazo de 10 días al letrado de la Administración de Justicia para que tome nota – antecedentes y motivos- y a todas las partes, a fin que se opongan al recurso o se adhieran a este (artículos 880 y 882 de la LECrim).

- Sustanciación

Dividida en a) Designación del Magistrado Ponente – el cual será seleccionado según el turno que le corresponda y tomará conocimiento del recurso dentro del plazo de 10 días-; b) Instrucción, impugnación y adhesión al recurso – hecho por las demás partes del escrito de interposición, lo cual se hace durante el mismo plazo dado para tomar conocimiento del recurso al magistrado, 10 días-, c) Admisión.

Este último se realiza después de decidida la oposición de las partes recurridas, siendo que según el art. 884de la LECrim esta será inadmitida, mediante auto, en los siguientes supuestos: 1) Se presente el recurso contra resoluciones irrecurribles en casación; 2) No observar en la preparación e interposición los requisitos procesales que impone la ley; 3) No atenerse a los motivos de casación; 4) No haber efectuado la protesta en los motivos *in procedendo*; 5) en los casos de infracción de la ley por error en la apreciación de la prueba, cuando el documento no conste en la causa o no se hayan designados los particulares del documento que se oponga a la resolución recurrida.

No obstante, a estas causas de inadmisión Nieva Fenoll agrega tres más que sobrepasan los límites de las anteriores (Nieva-Fenoll J. , 2017, págs. 475-476): 1) que el recurso carezca manifiestamente de fundamento (art. 885de la LECrim); 2) que se hubieran desestimado en el fondo recursos sustancialmente iguales y 3) que el recurrente no respete la declaración de hechos probados.

La inadmisión se dará mayormente por auto, aunque no se descarta que pueda ser por providencia – según una interpretación sistemática de los artículos 847.1.b) y 889de la LECrim. Por otro lado, su admisión será resuelta a través de providencia como lo dispone el artículo 893 de la LECrim.

- Decisión.

La declaración sobre la celebración de la vista de la causa previa decisión queda en manos de la Sala, en la mayoría de los casos, siendo que en el supuesto que las partes lo pidan y la pena a imponerse sea mayor a seis años la decisión del recurso podrá venir precedida de una vista (artículos 893 bis a), 894 y 897de la LECrim).

La Sala estará conformada por 3 magistrado, sin embargo, en el supuesto que la pena a imponerse sea superior a doce años la sala formará con cinco magistrados (art. 898de la LECrim).

Una vez finalizada la audiencia pública, si se celebró vista, o la deliberación en caso no hubo, la Sala resolverá el recurso dentro de los 10 días.

El Tribunal dictará sentencia teniendo en consideración lo siguiente: a) Si estima un motivo por infracción de ley, casará la sentencia recurrida y dictará segunda sentencia sobre el fondo (art. 901 y 902 de la LECrim); b) si estima un motivo por quebrantamiento de forma casará la sentencia, pero no dictará nueva, sino ordenará el reenvío de la causa al estado anterior a la que se cometió la falta (art. 901 y 901 bis a. de la LECrim) y c) si se estima la casación las costas serán declaradas de oficio devolviéndose el depósito, de no ser estimable se condenará al recurrente y perderá el depósito (art. 901 de la LECrim).

3.2.- Costa Rica.

El recurso de casación dentro de este ordenamiento ha tenido características particulares, siendo que inicialmente en su Código de Procedimientos Penales de 1973 y el Código Procesal Penal de 1996 se le dispuso como medio impugnatorio contra la sentencia dictada por el Tribunal de juicio – homónimo a los juzgados-, es decir cumplía el rol de Sala de apelación.

La regulación dispuesta anteriormente condujo a diversas quejas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, esta fue cambiando y adecuándose a lo que indicaba la CIDH.

El momento relevante dentro de su regulación se da a partir de la creación del recurso de apelación de la sentencia – Ley 8837- , lo cual tiene como consecuencia una nueva distribución de las competencias, regresando así la casación a ser un recurso extraordinario, con efecto devolutivo y suspensivo limitando su control a los motivos autorizados expresamente por el ordenamiento y a los agravios que reclamen los recurrentes (Jiménez & Vargas, 2011, pág. 147) y que será resuelto por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Actualmente su recurso de casación penal se encuentra regulado desde el artículo 467 hasta el 475 de su Código Procesal Penal.

a) Resoluciones recurribles

El artículo 467 señala la procedencia de este recurso para las siguientes resoluciones:

- Contra las dictadas por el tribunal de apelación de sentencia, que confirmen total o parcialmente, o resuelvan en definitiva, la sentencia dictada por el Tribunal de juicio.

En ese sentido no proceden las denominadas casaciones *per saltum*, siendo que en estos supuestos lo que procede es la presentación de un recurso de apelación, asimismo tampoco proceden las casaciones en contra de las resoluciones del tribunal del procedimiento preparatorio ni las del tribunal de la etapa intermedia (LLobet, 2017, pág. 686).

Con anterioridad se regulaba con mayor amplitud a las resoluciones recurribles al disponerse en la ley de creación del recurso de apelación que “casación penal procederá contra las sentencias dictadas por lo Tribunales de Apelación, sin embargo, fue la ley N° 9021 del 3 de enero del 2012 que registre la posibilidad presentar la casación solamente a lo señalado en el 467.

b) Motivos

Se dispone que el recurso pueda ser fundado en cualquiera de los motivos señalados en el art. 468, reformado por el artículo 1 de la ley N.º 9021 del 3 de enero de 2012:

- Existencia de precedentes contradictorios dictados por los tribunales de apelación de sentencia, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal. Se debe entender por precedente únicamente la interpretación y aplicación de derecho relacionada directamente con el objeto de resolución.

En este motivo observamos claramente el desarrollo de la función uniformadora de la jurisprudencia que tiene la casación, siendo que claramente lo que se busca al alegar este causal es que se case el recurso con la finalidad de crear criterios unificadores para casos pasos parecidos y se evite caer en la inseguridad jurídica.

- Cuando la sentencia inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal. En el caso que el precepto legal que se invoque como erróneamente aplicado o inobservado, para que proceda el recurso deberá dirigirse contra actos sancionados con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad, siempre que el recurrente haya reclamado en el plazo oportuno la subsanación del defecto o haya hecho manifestación de recurrir en casación.

De lo dispuesto por este motivo se infiere claramente que en Costa Rica el legislador ha establecido que el Tribunal de Casación sea destinado solamente para la revisión del aspecto jurídico, es decir del Derecho, siendo excluido totalmente el análisis del tema fáctico.

c) Procedimiento.

- Interposición y formalidades.

El recurso es interpuesto ante el Tribunal que dictó la resolución, bajo sanción de inadmisibilidad de no cumplir con la siguiente forma:

- 1) Sea interpuesto dentro del plazo de 15 días de notificada por escrito o cualquier otro registro reglamentariamente autorizado, lo cual debe entenderse según la ley de notificaciones de dicho país como medios informáticos, electrónicos o telemáticos que permitan la comunicación y recepción del envío, de forma que pueda ser garantizada su autenticidad (Llobet, 2017, pág. 691).
- 2) Deberá citarse con claridad los motivos, por separado, y fundamentación, siendo que posterior a esto no podrá citarse otro motivo, no obstante si bien el motivo será el que delimite la competencia de la Sala Tercera, salvo los supuestos de defectos absolutos que puede ser declarado de oficio por este, dicho Tribunal puede acoger el recurso y sus motivos, pero con fundamentos diferentes a los dados por el impugnante (De la Rúa, 1994, pág. 234).
- 3) Deberá indicarse el agravio que genera la resolución impugnada y su pretensión.

Una vez interpuesto el recurso, el “*Ad quo*” constituirá audiencia para los interesados en el término de 5 días indicando el lugar o la forma para recibir notificaciones en alzada y también podrán formular adhesiones.

En el supuesto de producirse alguna adhesión, entendamos como el tercero que se adhiere al recurso presentado, el Tribunal en el término de 5 días realiza nueva audiencia sobre ese extremo. Culminado esto se remite el expediente a la Sala de Casación para que decida sobre la admisibilidad a razón que el tribunal de apelaciones no tiene competencia para realizarlo.

- Admisibilidad.

El artículo 471 dispone que se declara inadmisibile en los siguientes casos:

1. Cuando no se cumplan los requisitos legales establecidos en el artículo 469 para la interposición. Llobet Rodriguez señala que en cuanto a este motivo se debe tener en consideración el supuesto en que no se indiquen los motivos o estos no se encuentren

debidamente fundamentados, asimismo agrega que otro supuesto se dará en caso de mezclarse los motivos (LLobet, 2017, pág. 693).

2. La resolución no sea recurrible y la parte no tenga derecho de recurrir.
3. La finalidad del recurso sea modificar los hechos probados, - siendo que ello determina que en esta sede no es posible discutir el aspecto fáctico de modo que no son procedentes los reclamos que van sobre la forma en que se valoró la prueba, ni en la determinación de los hechos (Jiménez & Vargas, 2011, pág. 163) o este sea absolutamente infundado - sin duda alguna-, que de ser el caso se devolverá las actuaciones al tribunal de origen.

En el caso de declararse la admisibilidad se dará la asignación del magistrado instructor que será el ponente de la resolución y hará circular el proyecto ante los otros magistrados de la Sala para su sustanciación, después de ser estudiado por todos los magistrados es llevado a la Sala de votaciones, para su voto.

Se encuentra a potestad de la Sala convocar a audiencia oral, siendo que de no considerarlo necesario pasará a dictar sentencia, cabe determinar que en caso se declare inadmisibile la casación no se fijará audiencia. La convocatoria y procedimiento de la audiencia será con las formalidades dispuestas en el artículo 472:

1. Debe ser solicitado por alguno de los interesados o en su defecto la sala de oficio considere necesaria realizarla. De enmarcarse en uno de los supuestos anteriores la sala fijará dentro de 15 días de recibidas las actuaciones su constitución.
2. La audiencia oral seguirá las reglas dispuestas para la apelación (art. 463).
3. La resolución del caso se dará inmediatamente después de realizada la audiencia, salvo que la complejidad de esta determine su postergación. Sin embargo, en la práctica esto no se cumple, ya que lo usual es que el fallo requiera un adecuado estudio.

- **Resolución.**

Para la toma de decisión la sala dispondrá de los registros del juicio y de la apelación. Solamente podrá ofrecerse y admitirse prueba cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado un acto.

Para la toma de la decisión deberá tenerse en consideración que si la persona que ha recurrido es el imputado no se le podrá imponer una sanción mayor a la impuesta en la resolución recurrida, ni desconocer los beneficios que de esta se hayan acordado en caso de darse la anulación (art. 474).

De estimarse procedente el recurso de casación la sala podrá resolver de la siguiente manera: a) cuando exista violación de la ley procesal anulará total o parcialmente la resolución impugnada ordenando la reposición del procedimiento y la resolución del tribunal de apelación de la sentencia, en el caso de ser parcial debe indicar el objeto concreto del nuevo procedimiento o resolución; b) en los demás casos, exista violación de la ley material, la sala enmendará el vicio y resolverá el asunto de acuerdo a la ley aplicable; c) si estima tutelar el derecho del imputado a un recurso que implique el examen integral del juicio y la sentencia, se dispondrá la anulación del debate, las resoluciones que de él se desprendan y se ordenará su reenvío al tribunal de juicio, siendo que este y el supuesto de enviarse al tribunal de apelación será celebrado por el mismo tribunal que dictó la resolución anulada, pero teniendo a jueces distintos como integrantes (art. 475).

En caso de llegar nuevamente en casación, la sentencia del juicio de reenvío del tribunal de apelación, deberá ser conocido por la Sala de casación integrada por magistrados distintos a los que se pronunciaron en ocasión anterior, esto en resguardo del principio de imparcialidad.

La sala podrá ordenar directamente la libertad del imputado y el cese de la prisión por efecto de la resolución del recurso.

4.- Concepto.

Son diversos los conceptos que la doctrina ha otorgado al recurso de casación, siendo el principal motivo de esta variedad la forma en que se encuentra regulado esta figura y el modelo que adopta cada ordenamiento jurídico.

En esos términos Fernando De la Rúa la define como “medio de impugnación por el cual por motivos de derecho específicamente previstos por la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia” (De la Rúa, 1994, pág. 23).

Por su parte Roxín sustenta que “la casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control *in iure*. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el Tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material y formal”(Roxin, 2000, pág. 466).

El profesor de la Escuela de Derecho de la *Sorbonne – Université Paris* Loïc Cadiet define a la casación como un recurso extraordinario, lo cual explica las condiciones a las que su ejercicio

está sujeto – al ser solo procedente en los casos previstos en la ley, por tanto, no todos los juicios lleguen a él – y los efectos vinculados a este – son en principio no suspensivos, ni devolutivos.- (Cadiet, 2016, pág. 183).

Giovanni Leone la cataloga como “el medio de impugnación por el cual una de las partes, por motivos específicamente previstos, pide a la Suprema Corte de casación la anulación de una decisión que le es desfavorable. Es un medio ordinario, devolutivo, suspensivo (Leone, 1963, pág. 180).

Moreno Rivera define a la casación como aquella que puede ser “considerada como un remedio judicial que pretende examinar la validez de la sentencia y restaurar el orden turbado por un fallo no ajustado a derecho. De modo que se le debe entregar su resolución a un órgano de cierre de la jurisdicción que garantice la función de unificar la interpretación del derecho, combatiendo, de paso, la arbitrariedad de los jueces en la lectura de las normas y la aplicación del Derecho” (Moreno, 2013, págs. 63-64).

Por nuestra parte, atendiendo a nuestra legislación y al modelo de Corte acogido por nuestro legislador – que es una mixtura- entendemos al recurso de casación como aquel medio impugnatorio devolutivo de competencia exclusiva de la Corte Suprema y de naturaleza extraordinaria por la existencia de limitaciones en las causas o motivos susceptibles de fundamentar la pretensión impugnatoria.

5.- Funciones

Son dos las funciones que se le ha reconocido a la casación a lo largo de la doctrina – desde Calamandrei-, la nomofiláctica y la unificadora; no obstante, posiciones recientes han reconocido una tercera denominada como dikelógica, que atiende a la defensa del *iuslitigatoris* en la búsqueda de hacer justicia en su caso concreto (Yaipen, 2014, pág. 235).

5.1.- Nomofiláctica.

Se le atribuye como la función más antigua, debido a que el *Tribunal de Cassation* – sin función jurisdiccional-, tenía como misión defender la ley en cuanto a voluntad del poder legislativo, frente al desconocimiento que de ella pudieran tener los tribunales, de modo que se aseguraría su observancia por estos (Montero, 2006, pág. 622).

Con posterioridad esta función varía a lo que era primordialmente, siendo que la protección ahora -en términos del artículo 65 del *Ordinamento Giudizario italiano de 1941*- es la “exacta observancia de la ley” (González-Cuellar, p. 56, 1993). Sin embargo, Taruffo, partiendo de dicho enunciado, señala que la doctrina ha interpretado de dos maneras esta función (Taruffo, 2005, pág. 92).

La primera, y basándose en lo planteaba el *Tribunal de Cassation*, entiende a la función como aquella que pretendía la protección del ordenamiento jurídico basado solamente en la ley (De la Rúa, p.10, 1994), a partir de controlar meramente su aplicación; por ello la función de la casación se basa en examinar las decisiones de las cortes inferiores y controlar si aquellas han aplicado la ley exactamente a lo dispuesto en la normativa en el caso concreto (Taruffo, 2005, pág. 93).

La segunda posición comprende esta función como la correcta única interpretación – la cual debe darse a partir de descartar poco a poco las interpretaciones erradas y a través de una operación deductiva- de las normas jurídicas en sí consideradas, a partir del examen de casos concretos y teniendo en consideración la futura aplicación de esa misma norma en otros casos (Taruffo, 2005, pág. 93).

La diferencia sustancial que existe entre ambas se basa en el hecho que la primera busca que a partir de la aplicación de la ley se resuelva el caso concreto, es decir privilegia el *iuslitigatoris* sobre el *iusconstitutionis*; mientras que la segunda busca una interpretación general de la ley dirigida a tutelar posteriormente clases de supuestos de hecho parecidos al del caso concreto de manera uniforme, dándose por ello un cumplimiento del *iusconstituonis* por encima del *iuslitigatoris*(Taruffo, 2005, pág. 84).

Si bien la segunda de las posturas es la más aceptada (Taruffo, p. 226, 2005), ya el propio Calamandrei aceptaba la imposibilidad teórica de identificar con exactitud una única correcta interpretación general, debido a que una norma puede ser objeto de más de una interpretación correcta (González- Cuellar, 1993, pág. 56).

En base a esta problemática consideramos pertinente la definición realizada por Taruffo -siguiendo la línea del pensamiento italiano- determinando la función como la elección de la “interpretación más justa”, lo cual conlleva a colocar el problema desde otra perspectiva y suponer que la corte de casación no se dedica a calcular el significado objetivo de la norma, sino a realizar elecciones destinadas a la determinación de aquella que puede considerarse como la interpretación más justa, sin embargo el propio profesor italiano es consciente que al definir

de esta manera la nomofiláxis existen riesgos como considerar que se busca la interpretación más justa de la norma solamente para la resolución del caso particular, así como el hecho que todos los tribunales también buscan la solución más justa y no habría una diferencia con la corte de casación, no obstante el problema que se trata de resolver no es de limitar los márgenes interpretativos de la norma a la justa solución del caso concreto, sino el de interpretar la norma de modo que se redefina su significado global teniendo en cuenta el problema que presenta el caso concreto(Taruffo, 2005, págs. 226-230).

5.2.- Uniformizadora de la jurisprudencia.

Función que nace en el derecho francés a partir de la implantación de la *Cour de cassation* – que tuvo un cambio radical a la concepción primigenia de casación-, donde se reconoce la existencia de la jurisprudencia y su necesaria unificación, la cual se convierte en la misión fundamental de la corte(Montero, 2006, págs. 632-633).

En dicho primer momento histórico la uniformidad de la jurisprudencia pretende asegurar la “exacta observancia de la ley” por parte de los órganos judiciales, por ello la corte se encargaba de brindar la interpretación exacta, la cual debía ser de obligatorio cumplimiento por todos los órganos inferiores(Yaipen, 2014, pág. 230).

La configuración de esta función va de la mano con la concepción de nomofiláxis que se tenga, siendo que actualmente bajo la definición de la doctrina más autorizada se le presupone como un factor determinante para definir a la función nomofiláctica ya que la casación no solo debe asegurar que la norma sea interpretada de modo justo en el caso concreto, sino que es necesario que ella valga para todos los casos reconducibles al mismo supuesto de hecho (Taruffo, 2005, pág. 231).Por ello la doctrina mayoritaria la cataloga como la función prioritaria de la casación y la que hace diferenciar a esta de los demás recursos(Vecina, 2003, pág. 128).

Jordi Nieva-Fenoll considera que con esta función – mantenimiento de una jurisprudencia uniforme- se busca preservar el ordenamiento jurídico (Nieva-Fenoll, 2015, pág. 323), a partir de garantizar la predictibilidad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, es decir, brindando seguridad jurídica a los justiciables (Moreno, 2013, pág. 84).

Asimismo, con esta función se hace viable el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley – con reconocimiento constitucional en nuestro Estado en el artículo 2 inciso 2 de nuestra Constitución Política-, con lo cual se busca evitar las posibles arbitrariedades que puedan surgir en la resolución de casos que tengan símiles ya resueltos bajo una línea interpretativa.

En base a cumplimiento de los elementos antes indicados es que se le puede otorgar a la casación una naturaleza constitucional.

En cuanto a esta función Taruffo cuestiona los límites dentro de los cuales debe ser actuada, a efectos de no caer en una rigidez formalista por parte de la jurisprudencia, por eso entiende que esta función no debe ser comprendida en términos absolutos sino de manera sincrónica – interpretación uniforme de la ley para un determinado momento- ya que existen grandes grados de probabilidad que haya un supuesto de hecho que haga variar la uniformidad, el cual deberá ser justificado para asegurarse de ese modo la correcta creación de una nueva uniformidad(Nieva-Fenoll, 2015, pág. 232) .

5.3.- Dikelógica

Como se ha señalado las funciones tradicionales de la casación son 2 – nomofiláxis y uniformadora de la jurisprudencia-, las cuales responden más a un interés de carácter público; sin embargo, a partir del desarrollo de la dogmática procesal se ha venido estableciendo una tercera que pone de realce la tutela del interés privado del *iustitigatoris* para el caso concreto.

La palabra dikelógica debe ser definida desde su etimología, siendo que *dike* -de origen griego-, tiene como significado el término “justicia”, en ese sentido y adecuándolo a la institución de la casación se puede señalar a esta función como aquella encaminada a buscar la justicia en el caso particular, en ese sentido esta función respondería a una fin más privado en la casación, lo cual iría en contra de la tradicional concepción de casación; sin embargo se debe tener en consideración que bajo el Estado Constitucional de Derecho en el que nos encontramos una persona debe ser condenado con observancia del debido proceso – reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la CP-, por ello es correcto señalar que detrás de un recurso de casación hay una parte que solicita se respeten sus derechos, principios y garantías(Letelier, 2013, pág. S/P).

Sin embargo, es común en doctrina encontrar posiciones que van en contra de este fin ya que consideran que la casación va más allá de los intereses particulares, que no puede actuar como una tercera instancia del justiciable, siendo por ende su función más amplia que la de remediar la injusticia de un caso particular(Hurtado, 2012, pág. 104) .

Actualmente en sede nacional, la jurisprudencia la reconoce como una de las funciones de la casación, siendo que inclusive la utiliza para fundamentar el uso de casaciones excepcionales, lo cual es una excepción a la formalidad exigida en la normativa procesal²⁶.

Por su parte, Yaipen Zapata indica que pese a todas las controversias que pueda tener esta función existen manifestaciones concretas dentro de las diversas legislaciones que conllevan al reconocimiento de esta función, como el hecho de la flexibilización de los rígidos requisitos exigidos para su procedencia, que trae consigo un problema común en los diversos modelos de casación, la sobrecarga procesal (Yaipen, 2014, págs. 236-237).

6.- Modelo de casación peruana.

6.1.- Evolución histórica.

La casación dentro de nuestro ordenamiento tuvo una primigenia regulación en la Constitución Política de 1979 en su artículo 241 que señalaba “corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación en asuntos que la ley señale”, siendo casi el mismo texto el dispuesto para la de Constitución de 1993.

En el caso de la normativa ordinaria – en específica la del proceso civil- en la doctrina se ha considerado que sí estaba regulado desde las primeras normativas procesales, pero con otro *nomen iuris*, por ejemplo: a) el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 tenía un recurso extraordinario de nulidad que respondía a lo que es un recurso de casación y b) el Código de Procedimientos Civiles de 1912 que contaba con un recurso de nulidad. Sin embargo, no la encontramos dispuesta como tal hasta la regulación del Código Procesal Civil de 1993 (Hurtado, 2012, págs. 35-36).

En cuanto a la historia de la casación penal en Perú debemos partir, para analizar su aparición, desde nuestro primer cuerpo normativo procesal, el Código de Enjuiciamiento Penal de 1863 – de clara influencia española y de modelo inquisitivo- que precisaba varias instancias revisoras, sin embargo no regulaba un recurso de casación (San Martín, 2004, págs. 27-28).

Con posterioridad y en busca de una reforma de la justicia penal se regula el Código de Procedimientos en Materia Criminal en 1920 – de influencia Francesa y de modelo acusatorio- que en materia de medios impugnatorios regulo un recurso de nulidad en contra de los fallos

²⁶ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Pariona Pastrana). Recurso Casación N° 337-2016, Cajamarca: 21 de junio de 2017. Fundamento Jurídico: 5.3.

producidos por el Tribunal Correccional – homónimo a los juzgados de juicio oral- revisado por la Corte Suprema, quien tenía facultad de conocer los hechos y estaba autorizado de absolver a indebidamente condenado (San Martín, 2004, págs. 28-31), en esos términos no existía el recurso de casación.

Nuestra tercera normativa la encontramos regulada en el Código de Procedimientos Penales de 1940, que tampoco la reconocía, siendo que la función encomendada a la Sala Penal de la Corte Suprema en dicho momento respondía a uno de segunda instancia – lo que genero claramente una sobrecarga procesal -, debido a que conocía vía recurso de nulidad las sentencia dictadas por las Cortes Superiores, atribuyéndole al Tribunal vértice la función de conocer un recurso ordinario.

Frente a esta realidad Yolanda Doig Diaz señala que es inconcebible tener a la Corte Suprema como un tercera instancia, siendo que sus labores deben reconducirse a ser un órgano de casación y todo lo que esto implica, por ello para que la Corte ejerza las labores de una corte de casación se debe regular un recurso extraordinario, que establezca legalmente los requisitos para interponerlo de forma clara y precisa, de modo que ni los recurrentes se vean tentados por una tercera instancia, ni el Tribunal Supremo posea un amplio margen de discrecionalidad en la fase de admisión del recurso, con la que pueda restringir o desbordar el acceso al recurso (Doig, 2004, pág. 211).

Teniendo en consideración lo anotado y en base a la necesaria reforma procesal penal en nuestro ordenamiento -elaborado en base al Código Procesal Penal tipo para Iberoamérica; fuentes europeo continentales, como España, Italia, Alemania, Francia, Portugal; Latinoamericanas, Chile y Colombia; y de Centro América, Costa rica (Neyra, 2015, p. 105)- se pone en vigencia en el año 2006 el Código Procesal Penal – Decreto Legislativo 957- siendo Huaura el primer distrito judicial en implementarlo.

En cuanto a medios impugnatorios regula dentro de su normativa por primera vez el recurso extraordinario de casación en sede penal.

Precedente importante para denotar en torno a la historia del recurso de casación penal en nuestro país es la primera casación realizada en la ciudad de Huaura – N°01-2007-²⁷, que tuvo

²⁷ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: San Martín Castro). Recurso Casación N° 01-2007.Huaura: 26 de julio de 2007.

como ponente al magistrado Cesar San Martín Castro y fue bien concedida por la causal del inciso 2 del artículo 429 del CPP, inobservancia de la norma procesal.

La presente sentencia casatoria tuvo como tema de objeto el determinar si es necesario o no que se conceda o efectivice un mandato de detención de manera previa a la concesión o imposición de la medida coercitiva personal de prisión preventiva.

La Sala en sus fundamentos jurídicos 4 y 5 consideran que no es necesario que se expida un mandato de detención (policial, preliminar judicial o por arresto ciudadano) para que posteriormente se solicite, otorgue y efectúe una medida coercitiva personal de prisión preventiva.

Por ello se declaró fundado el recurso de casación por inobservancia de la norma procesal interpuesta por la señora Fiscal Adjunta Superior de Huaura contra el auto de vista que revocando el auto de primera instancia declaró improcedente el requerimiento fiscal de prisión preventiva.

6.2.- Particularidades de nuestro recurso de casación.

Es el único recurso extraordinario previsto del CPP, lo cual radica en el carácter tasado de los motivos o causas de interposición y limitación del conocimiento del Tribunal, siendo solo interpuesta contra resoluciones (art. 427 inc. 1 del CPP) y por motivos expresamente descritos en la ley (art. 429 del CPP). En base a lo expuesto se le considera un recurso de carácter limitado (San Martín, 2015, pág. 711).

Cuenta con efecto devolutivo, toda vez que se traslada la competencia funcional para la resolución al órgano inmediatamente superior, siendo de conocimiento exclusivo por la Corte Suprema de la República tal y como lo dispone el artículo 141 de nuestra CP.

El examen del recurso de casación versa sobre la cuestión jurídica de la sentencia (no valora pruebas), lo cual lo distingue de los demás recursos. No existe recurso alguno en contra de la sentencia casatoria, sin embargo, si es plausible de examen a través de la acción de revisión.

Cuenta con efecto no suspensivo-a diferencia de la casación civil -, en virtud a que no se posterga el efecto de la decisión impugnada realizándose su ejecución provisional, incluso en las relativas a las de libertad (art. 412 inciso 2 del CPP).

Siempre es extensivo en lo favorable, es decir, si en una causa solo uno de los imputados interpone el recurso y éste es beneficioso para los demás sus efectos de anulación se extienden hacia ellos.

6.3.- Procedencia de la casación

6.3.1- Legitimados

La regla en los recursos es regirse bajo el principio dispositivo, por ello el CPP establece en su artículo 404 inciso 2 que la impugnación solo se le conferirá a quien la ley lo autorice expresamente.

Dentro de los sujetos procesales facultados para impugnar vía recurso de casación tenemos al imputado y el Ministerio Público que pueden impugnar tanto el objeto penal como civil de una decisión judicial, mientras que el actor civil puede recurrir solo el monto de la reparación civil (art. 407) – atendiendo a la formalidad-, quien también verá sobre este punto será el Procurador Público, en defensa de los intereses del Estado.

Se cuestiona la legitimidad del Ministerio Público para interponer recurso de casación cuando se sustente en la causal de garantías constitucionales (art. 429 inc. 1 del CPP), a razón que el fiscal no es titular de derechos fundamentales y no puede afirmarlos frente a un ciudadano, no obstante a partir del principio de igualdad de armas y como instrumento para la defensa de la legalidad y del interés público se fundamenta su legitimidad para recurrir alegando infracción de preceptos constitucionales, sin embargo solo circunscrito a derechos fundamentales procesales, en específico los de tutela jurisdiccional, debido proceso y defensa procesal (San Martín, 2015, pág. 721).

6.3.2- Resoluciones recurribles

El artículo 427 inciso 1 del CPP es la disposición que estipula cuáles son las resoluciones recurribles vía casación, siendo una regulación en *numerus clausus* que no permite la extensión a otros supuestos. Entre las resoluciones expedidas en apelación por la Corte Superior y legitimadas a ser recurridas encontramos:

a) Las sentencias definitivas

Solo serán recurribles si en segunda instancia el órgano judicial superior resolvió confirmando o revocando el pronunciamiento de la primera instancia, no será procedente por resoluciones que declaren nula la venida en grado.

El CPP limita cuantitativamente esta resolución, a los supuestos en que el delito más grave que se refiera la acusación escrita del fiscal tenga dispuesto en la ley una pena abstracta mayor de 6 años (art. 427 inc. 2 numeral b). En caso se trate de una sentencia que tenga como pena una medida de seguridad (art. 71 del Código Penal), se admitirá siempre que sea la internación (art. 427 inc. 2 numeral c).

b) Los autos de sobreseimiento; los que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal, la pena o denieguen la extinción conmutación, reserva o suspensión de la pena.

El CPP también los limita cuantitativamente, ya que solo procederán aquellos supuestos en que el delito imputado más grave tenga como pena abstracta, en extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años (art. 427 inc. 1 numeral a).

c) Contra las resoluciones que se refieren a la responsabilidad civil.

El recurso solo procederá si el monto fijado en la resolución recurrida es superior a 50 URP – impuesto por daños y perjuicios-, o en el supuesto que el objeto a restituirse no pueda ser valorada económicamente.

En esos términos debe quedar claro que vía casación no se puede cuestionar la reparación civil en el extremo del bien ya restituido – salvo se trate de dinero en efectivo-, en el supuesto de discutir la calidad de este bien, lo cual no impide la posibilidad que la parte civil cuestione, en lo pertinente, la calidad del bien en otro proceso judicial, buscando así satisfacer sus intereses legales²⁸.

6.3.3.- Tipos de casación

Del propio tener del artículo 427 del CPP interpretado de manera conjunta con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se pueden inferir la existencia de tres tipos de casaciones dentro de nuestro ordenamiento.

²⁸ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Pariona Pastrana). Recurso Casación N° 657-2014. Cusco: 03 de mayo de 2016. Fundamento jurídico 19.

6.3.3.1.-Casación ordinaria

Solicitada a instancia de parte. Se encuentra sujeto al cumplimiento de diversos requisitos materiales y formales tasados; cuya inobservancia conduce a ser inadmisibilidad.

Procede contra todas las resoluciones anteriormente citadas – emitidas en apelación por la Sala Penal Superior-, siendo que a partir de una interpretación *ad contrario* del artículo 427 no procederá en los siguientes casos:

- a) Contra sentencias, cuando el delito más grave que se refiere la acusación fiscal tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad menor a los seis años.
- b) Contra sentencias que impongan como medida de seguridad el tratamiento ambulatorio.
- c) Contra autos que no pongan fin al procedimiento, y contra aquellos cuya pena abstracta, en su extremo mínimo, sea menor a seis años.
- d) Contra las sentencias que se refieran a la responsabilidad civil y tenga un monto fijado inferior a las 50 URP.

6.3.3.2.- Casación excepcional

Esta casación se encuentra clasificada en dos: a) casación excepcional, donde el interés casacional lo propugna la parte; y b) casación de ingreso excepcional, cuando el interés casacional lo propugna la propia Corte Suprema.

El primero, se encuentra regulado en el inciso 4 del artículo 427 del CPP, que establece “cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”. Del tenor de la norma se denota que con el presente acceso excepcional se busca cumplir la función unificadora de la jurisprudencia de la Corte Suprema, donde el recurso es interpuesto por la parte con sus causales y fundamento respectivo.

La formulación de este tipo de casación obedece a las rígidas formalidades que son exigidas por el legislador para la admisión del recurso, siendo uno que las resoluciones tengan un delito – por el cual es imputado o ha sido condenado- mayor a los seis años, lo cual a partir de un análisis del Código Penal dejaría sin protección varios ámbitos del ordenamiento jurídico, ya que existe una gran mayoría de delitos que no podrían ser recurridos en casación, a pesar del interés casacional que pueda desprender el caso.

Al solicitarse la admisibilidad para desarrollo de la doctrina jurisprudencial se debe fundamentar y precisar: a) las posiciones disímiles en la jurisprudencia que requieran unificación; b) la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y c) la ayuda que prestaría a la actividad judicial.

Ahora para evitar que este poder discrecional otorgado a la Corte Suprema desnaturalice la excepcionalidad del recurso, la Sala que declara admisible bajo este acceso excepcional deberá realizar una especial fundamentación que debe circunscribirse en²⁹: para el desarrollo de doctrina jurisprudencial esta Sala Suprema se ha pronunciado en la Queja N°123-2010-La Libertad, 16 de mayo de 2011, que refiere:

- i) fijar el alcance interpretativo de alguna disposición;
- ii) la unificación de posiciones disímiles de la Corte
- iii) pronunciarse sobre un punto concreto que en la jurisprudencia no ha sido suficientemente desarrollado para enriquecer el tema con nuevas perspectivas fácticas y jurídicas.
- iv) La incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial.

Asimismo, el Auto de calificación del recurso de casación número ciento sesenta y cinco-dos mil diez-Lambayeque señala que el recurso de casación que se basa en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial “expresará de manera lógica, sistemática, coherente y técnica por qué considera que es necesario el desarrollo de la doctrina jurisprudencial e identificará de manera clara las razones que apoyan la necesidad de un pronunciamiento³⁰”

En cuanto al segundo supuesto de casación excepcional tenemos a la llamada casación de oficio³¹, Se presenta cuando la Corte Suprema aborda causales distintas a las planteadas por el recurrente, siendo una excepción al principio rogatorio que rige en los recursos, siendo que su incorporación se justifica cuando exista la necesidad del desarrollo jurisprudencial con efectos vinculantes y situaciones violatorias de derechos fundamentales (Iberico, 2012, págs. 241-242).

²⁹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Neyra Flores). Recurso de Queja N° 123-2010. La libertad: 26 de mayo de 2011.

³⁰ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Neyra Flores). Auto de Calificación N° 165-2010. Lambayeque.

³¹ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Pariona Pastrana). Recurso Casación N° 389-2014. San Martín: 07 de octubre de 2015.

Una de las razones del establecimiento de esta casación es que las funciones de la Corte Suprema obligan a superar los defectos planteados en el escrito de casación, inclusive Moreno Catena señala que el mismo desistimiento del recurrente no le impide a la Corte, como órgano límite de la jurisdicción y guardián de la Constitución Política enmendar irregularidades (Moreno, 2013, pág. 71).

Este tipo de casación difiere de la anterior, en razón que el interés casacional no es planteado por el recurrente, sino que viene siendo determinado por la Corte Suprema. En esos términos, en la casación excepcional (art. 427 inc. 4 del CPP) el impugnante sabe que su recurso no cumple con las formalidades que exige la casación, siendo por ello que debe argumentar la necesidad de un desarrollo de doctrina jurisprudencial, por el contrario en el segundo tipo de casación excepcional, el recurrente puede haber planteado cualquiera de los tipos de casaciones descritas en el art. 427 del CPP, pero la Corte lo rechaza por no ajustarse al material casable, no se ha invocado o fundamentado adecuadamente la causal o no se ha justificado el desarrollo de doctrina jurisprudencial; sin embargo considera que algunos extremos planteados en el escrito o vulneraciones de derechos fundamentales en la resolución impugnada deberán ser conocidos por la Corte con la finalidad del desarrollo de doctrina jurisprudencial vinculante (Ibérico, 2016, págs. 241-242).

Ahora bien, a lo largo de la jurisprudencia, si bien el pronunciamiento más importante sobre este tipo de casación es el N° 389-2914. San Martín, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, esta actividad de la Corte Suprema ya ha tenido varios antecedentes que han marcado importantes puntos sobre el uso de este tipo de casación excepcional, siendo el primero de estos el Auto de Calificación de la Casación N° 01-2007. Huaura, donde pese al rechazo de las causales planteadas por el impugnante se admite el recurso al resultar de interés casacional, fundamentándose en la voluntad impugnativa para adecuar el recurso.

La casación N° 73-2011. Puno, Sala Penal de la Corte Suprema, del 19 de abril de 2012, donde refiere en su fundamento jurídico 22 “(...) la casación oficiosa procede no solo cuando la sentencia de segunda instancia se dicta en juicio viciado de nulidad, sino también cuando sea violatoria, directa o indirectamente de una garantía constitucional de carácter procesal o penal (...)”, en este caso no se hace mención alguna a la función uniformadora, ya que según el tenor de esta casación solo bastaría la vulneración de una garantía constitucional para que pueda ser admisible el recurso de casación de oficio.

Por otro lado, la Casación N.º 148-2010. Moquegua, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 3 de julio de 2012, en su fundamento segundo que “(...) el Tribunal de Casación tiene competencia de declarar de oficio las cuestiones que estime pertinente; en cualquier grado y estado del proceso”, lo cual implicaría que esta pueda proceder inclusive después de la calificación.

Ahora bien, en cuanto a la casación N.º 389-2914. San Martín, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, esta fija cuando procederá la utilización de este tipo de casación en su fundamento séptimo y noveno: 1) la casación excepcional para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, que también debe encontrar su fundamento en una de las causales y 2) en casos la casación ordinaria no invoca o justifica correctamente el recurso, en el que la Corte Suprema pueda advertir que sí existe la configuración de una de las causales.

Por último, también se ha señalado en la casación 389-2914. San Martín, Sala Penal de la Corte Suprema, que al ser el recurso de interés del órgano supremo, la audiencia de casación de oficio se llevará a cabo con o sin la presencia de las partes, a quienes se cita a fin de que realicen las argumentaciones que consideren pertinentes, siempre garantizando ampliamente el ejercicio del derecho de defensa que sirva para enriquecer o cubrir espacios hasta el momento ambiguo o que no han sido tratados en relación al caso.

Como hemos podido analizar, este tipo de casación ha tenido un desarrollo en la jurisprudencia que permite identificar sus principales características.

6.3.3.- Causales casacionales

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario que tiene tasado no solo las resoluciones que podrán ser recurribles, sino también los vicios que el recurrente pueda alegar, delimitando la fundamentación del recurso a los motivos previstos en la ley – *numerus clausus*– (Gimeno, 2015, pág. 920). Dentro de nuestro ordenamiento el artículo 429 del CPP regula estos motivos, siendo los siguientes:

A. Vulneración de las garantías constitucionales (art. 429 inc.1 del CPP)

“Si 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” (art. 429 inc. 1 del CPP).

Se le puede catalogar como casación constitucional y es la más utilizado, debido a dos razones: 1) amplitud de los preceptos constitucionales y el menor rigor para su interpretación y 2) sobreestimación de la legalidad constitucional frente a la legalidad ordinaria, por falta de claridad(San Martín C. , 2009, pág. 219).

Para el análisis de la presente causal debemos partir del término principal de este, “garantías constitucionales”, por ello es importante definirlo, siendo que el término garantía es utilizado, de manera amplia, por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 16³², acorde a ello las garantías constitucionales pueden definirse como aquellos medios o instrumentos que la Constitución Política pone a disposición de las personas para la defensa de sus derechos fundamentales frente a las autoridades, grupos sociales o individuos (Maljar, 2006, p.114).

Bajo esa definición dentro del proceso penal se puede atribuir su participación como un conjunto de medios destinados a la protección de los sujetos procesales frente al posible ejercicio abusivo o arbitrario por parte del Estado durante el proceso (Binder, 1993, p. 54). La aparición de estos instrumentos en el proceso tiene como fundamento la estrecha unión existente entre el derecho constitucional y el derecho procesal penal (Maljar, 2006, pág. 117), lo cual puede traducirse en la icónica frase de “el derecho procesal es el sismógrafo de la Constitución del Estado (Roxin, 2000, pág. 10).

El principal derecho fundamental a tutelar por las garantías constitucionales en el proceso penal será el de la libertad, sin desmedro de otros derechos materiales – inviolabilidad de domicilio o intimidad - y procesales en juego, siendo principalmente los correspondientes al artículo 139 de nuestra CPE.

En nuestra Constitución y CPP -en su título preliminar- observamos una serie de garantías destinadas para la salvaguarda de un proceso penal con respeto de los derechos fundamentales, los cuales pueden ser divididos en garantías genéricas, de la jurisdicción y procedimentales(Cuba, 2015, pág. 56). En la primera de estas encontramos al debido proceso, la presunción de inocencia, derecho de defensa y la tutela jurisdiccional efectiva, los cuales serán genéricos y tendrán cada uno garantías específicas; en el segundo, se identifica a la unidad y exclusividad de la jurisdicción, juez legal o predeterminado por la ley e imparcialidad judicial; por último, en la tercera categoría la no autoincriminación, proceso sin dilaciones indebidas, la

³² “Toda sociedad en la que no se esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución”

cosa juzgada, publicidad de los juicios, instancia plural, igual de armas y otros más (Cuba, 2015, pág. 56 y ss).

Ahora bien, tres tipos de formas, según la disposición, en que puede ser vulnerada alguna garantía constitucional: 1) Su inobservancia, 2) indebida aplicación y 3) errónea aplicación. La primera de estas debe partir desde el concepto de la palabra, siendo que la Real Academia Española la define como “la falta de observancia” que debe ser traducida como la falta de un cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar, por ello esta primera forma sería el desacato de las garantías que el juez o las partes debían observar durante el cumplimiento de su actividad (San Martín, 2015, p.724); mientras la segunda, se base en aplicación de una garantía por parte del órgano judicial cuando no era de utilización, un claro ejemplo podemos ver cuando se aplica la garantía del *ne bis in idem* a pesar de la no existencia de cosa juzgada; y la tercera, se da cuando a pesar de ser aplicable al hecho dicha garantía se utiliza de manera inadecuada.

Las principales garantías que destacan la invocación de esta causal son el debido proceso, derecho de defensa, la vulneración a la presunción de inocencia y la motivación de las resoluciones judiciales (esta última será desarrollada en la parte correspondiente a la cuarta causal del 429 del CPP).

En cuanto al debido proceso el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que es un derecho fundamental continente -reconocido en el artículo 139 inciso 3 del CPE- puesto que comprende diversos derechos fundamentales de orden procesal, siendo por ello que su contenido constitucionalmente protegido comprende de una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse³³.

El debido proceso encontrará dos dimensiones: una sustantiva – que supone que toda decisión judicial debe ser razonable y proporcional- y otra procesal – el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales-³⁴.

Dentro del proceso penal tiene una vital importancia, en razón que este último no es solo el más minucioso de los procesos, sino aquel donde deben hacerse efectivas más garantías

³³Exp. 7289-2005-AA/TC. Princeton Dover Corporation. 3 de mayo de 2006. Fundamento jurídico 5.

³⁴Exp. 03433-2013-PA/TC. SERPOST S.A. Lima. 18 de marzo de 2014. Fundamento jurídico 3.

constitucionales debido a que están de por medio derechos y fines, como la libertad y la seguridad jurídica, por ello es necesario que el conjunto de garantías que compongan este derecho debe ser el más amplio (Bernal & Montealegre, 2013, pág. 916). En ese sentido, y al ser el núcleo de otros derechos, las garantías que se desprende de este serán: a) Juez natural, b) derecho a ser oído, c) duración razonable del proceso, d) publicidad del proceso, e) prohibición de doble juzgamiento (Cuba, 2015, págs. 83-89).

Por su parte, la presunción de inocencia ha sido reconocida en diversos Tratados Internacionales que el Perú es parte, cuenta con reconocimiento expreso en nuestra CPE, en el artículo 2 inciso 24 literal e) que señala que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, asimismo nuestro CPP la define en su artículo II del Título Preliminar.

Abarca todo el proceso penal, ya sea antes de iniciarse o aun cuando ya se haya dictado la sentencia condenatoria, siendo por ello que el acusado antes de serlo, mientras lo es y ya absuelto poseerá la misma presunción de inocencia constitucionalmente reconocida (Nieva-Fenoll, 2000, pág. 187).

Este derecho/garantía presenta diferentes vertientes:

a) como principio informador del proceso penal - concepto en torno al que se construye un determinado modelo procesal, siendo que tiene como fin encontrar el justo equilibrio entre dos intereses contrapuestos como: el interés del Estado en reprimir la delincuencia y la libertad y dignidad del imputado, siendo por ello que garantizará los límites del *ius puniendi* estatal (Fernandez, 2005, pág. 120).

b) como regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal – el imputado es inocente hasta el final y las medidas restrictivas de sus derechos deben ser mínimas.

c) Como regla probatoria – implica la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada en el proceso con todas las garantías, siendo que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria (Fernández, 2005, p. 93). En cuanto a esta regla de la presunción de inocencia el CPP, en el inciso 1 del artículo 2 refiere que “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, para estos efectos se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”.

Del tenor de la ley se puede expresar tres requisitos que debe cumplir la presunción de inocencia como regla probatoria: a) Solo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la culpabilidad del acusado. De manera que si no se produjese tal convencimiento debe operar la presunción de inocencia; b) la prueba practicada debe constituir una suficiente actividad probatoria de cargo; c) la prueba con las características reseñadas, debe haber sido obtenida y practicada con el respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales que corresponda – restricción del uso y valoración de prueba prohibida- (Neyra, 2015, pág. 208 y ss) .

La vulneración de esta tercera regla en específico será una de las que más se utilicen para fundamentar esta causal del recurso de casación, debido a que la mayoría de abogados vienen a la Corte Suprema pretendiendo que se sustituya el criterio de la valoración probatoria realizada por la Sala³⁵, lo cual es incorrecto debido a que el Tribunal de Casación solo le corresponde vigilar si la sala ha justificado la suficiencia probatoria para condenar al imputado, así como y en base a su finalidad nomofiláctica controlar la interpretación de cada uno de los medios de prueba que han sido actuado a fin de encontrar el significado más justo (San Martín, 2015, pág. 726).

Sin embargo, si bien la regla es que el Tribunal de Casación no puede analizar la valoración probatoria, en la doctrina se ha formulado tres supuestos donde se hace viable el proceder del Tribunal(Nieva-Fenoll, La valoración de la prueba, 2010, págs. 355-356):

1. Cuando el juez haya pasado por alto la aplicación de una norma de prueba legal, ya que si existe una disposición normativa que obliga al juez a valorar la prueba en un sentido, al prescindir de este y optar por una libre valoración vulnera al ordenamiento jurídico, por lo cual la casación debería ser admisible.
2. Si el juez sobrepasó los límites de lo razonable al momento de la valoración probatoria, de manera que su resolución no cuenta con ninguna lógica racional, por ejemplo, el juez se ha basado en simple juicios intuitivos y subjetivos y no en máximas de la experiencia, y que por lo tanto su justificación no sustenta una motivación razonable, esto lo

³⁵ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Neyra Flores). Auto de calificación casación N° 1419-2017, Ancash: 15 de febrero de 2018 y Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Neyra Flores) Auto de calificación casación N° 1377-2017, Ventanilla: 13 de febrero de 2018.

podemos ver vinculado a la ilogicidad de la motivación, por ello sería totalmente admisible el recurso de casación.

3. El juez de apelación acudió a la carga probatoria antes de tiempo, lo que conlleva a señalar que ha prescindido de valorar las pruebas y ha presupuesto su insuficiencia, obviando que las reglas de la carga probatoria son de aplicación cuando la prueba no existe o es manifiestamente insuficiente.

Como regla de juicio – asume un papel relevante en un momento posterior a la regla de prueba, concretamente en el momento que la valoración de las pruebas actuadas durante el proceso no ha generado en el juzgador un resultado concluyente, lo tiene en duda, siendo que en este supuesto lo que debe primar es la presunción de inocencia (Armenta, 2010, p.55), en base al principio *in dubio pro reo*.

En cuanto a la vulneración de esta garantía Gimeno Sendra expresa que la función del Tribunal de casación ha de limitarse a la comprobación de tres únicos aspectos: a) si el juzgado dispuso de material probatorio susceptible de ser sometido a valoración; b) si ese material probatorio existente era lícito en su producción y por ende válido y c) si los razonamientos a través de los cuales alcanza el juez de instancia su convicción, motivados en la sentencia, alcanzan suficiencia probatoria desde un punto de vista racional y lógico (Gimeno, 2015, págs. 931-932).

En torno al derecho de defensa encuentra regulación en diversos Tratados Internacionales y reconocimiento constitucional en el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política del Perú³⁶, dentro de nuestra normativa procesal se encuentra reconocido en el artículo 9 del Título Preliminar de nuestro CPP.

Este derecho intervine como contraposición al ejercicio de la acción penal, constituyéndose como un derecho del sujeto pasivo del proceso que busca repelar la agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, por ello de no encontrarse garantizado dentro del proceso el imputado perdería la posibilidad de utilizar todas las facultades que un Estado Constitucional de Derecho le otorga (Binder, 1993, pág. 30).

³⁶ “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 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 la causa o las 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”.

No solo se presenta como una garantía del imputado, sino también del presunto implicado o indiciado en la fase de indagación e investigación anterior a la formulación de la imputación(Bernal & Montealegre, 2013, pág. 932), es decir lo tenemos presente desde momentos iniciales de la investigación, durante diligencias preliminares y antes de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, hasta el final del proceso.

Las garantías que abarca este derecho son: a) ser informado de la imputación; b) ser oído; c) igualdad de armas; d) no reforma en peor; e) no juicios contra ausentes; f) incoercibilidad del imputado; g) derecho a la no autoincriminación y h) ser asistido por un intérprete(Nieva-Fenoll, 2015, pág. 243 y ss), siendo que vulnerándose alguno de estos extremos y cumpliendo las formas de la casación deberá ser declarado admisible su recurso.

La primera causal del 429 del CPP ha sido ampliamente criticada ya que se considera que el legislador ha cometido una equivocación con su regulación debido a que hace complicado distinguir cuando una infracción de una garantía material o procesal reconocida constitucionalmente justifica la interposición de la casación o la demanda de un habeas corpus o amparo, sin embargo debe tenerse en consideración el principal hecho que distingue a la casación de otros medios impugnatorios, y que también será válida en este caso, su funciones que son uniformadora de la jurisprudencia, nomofiláctica y dikelógica(Yaipen, 2014, págs. 275-276).

B.- Inobservancia de las formas procesales (art. 429 inc.2 del CPP)

Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

Se le cataloga como la casación procesal o formal. Bajo esta causal se encuentran la infracción de normas procesales en general: tanto los vicios de actividad, por defecto de tramitación en el procedimiento – *error in procedendo*- y los que se refieren a la estructura de la sentencia – *error in iudicando*- (Leone, 1963, pág. 185).

La nulidad se rige bajo el principio de legalidad, por ello debe encontrarse de manera expresa señalada como causal en la ley (art. 149 del CPP), no obstante en doctrina se ha concluido que las nulidades no pueden basarse en una idea de legalidad solamente, sino que debe ser abierta partiendo de una base constitucional, esto a razón que la nulidad nunca se declara a favor de la ley, sino para la protección de un interés concreto dañado (Binder, 2000, pp. 28-29), por ello

dentro de nuestro ordenamiento se regula que en caso de enajenarse el contenido esencial de un derecho fundamental o garantía constitucional el acto deberá ser nulo(art. 150 inc. 4), lo cual conlleva a señalar que dicha declaratoria se dará a pesar de no encontrarse prevista en la ley.

Dentro de nuestro CPP encontramos como actos procesales por, *errores in procedendo*, sancionados expresamente con nulidad los siguientes casos:

Artículo 2 inciso 3 y 4 – correspondiente al acuerdo reparatorio-; artículo 15 -nulidad de transferencia-; art 254 inciso 2 – requisitos del auto judicial en caso de medidas cautelares -; artículo 353 inciso 2 – contenido del auto de enjuiciamiento-; art. 372 inc. 2 – sentencia de conclusión anticipada-.

El artículo 150 sanciona con nulidad, que inclusive puede ser declarado de oficio al ser considerados como absolutas, los siguientes supuestos: 1)a la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia; 2)a la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; 3) al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; y, de manera general,4) a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

Dentro de ese cúmulo de nulidades también podremos encontrar: a) denegatoria de alguna diligencia de prueba pertinente, propuesta en tiempo y forma por las partes; b) omisión de la citación de las partes para la audiencia de juicio oral, a criterio nuestro también cuando se omita su citación para cualquier diligencia importante para el proceso, como una inspección judicial; c) cuando en el caso de no haber concurrido uno de los acusados el tribunal ha decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos a pesar de la falta de existencia de elementos que permitan juzgar separadamente a los procesados o que dicha decisión causa indefensión a los procesados comparecidos(Gimeno, 2015, pág. 923 y ss).

En el caso de los *errores in iudicando*, correspondientes al contenido de la sentencia, regulados en la sección III “El juzgamiento” título VI “la deliberación y la sentencia”, que si bien no tienen de manera taxativa la sanción de nulidad, serán materia de esta, debido a que conforman el derecho fundamental al debido proceso en su vertiente material y por lo tanto es de aplicación el art. 150 del CPP inc. 4.

Entre los principales errores tendremos: a) exista una falta de claridad en los hechos probados y contradicción entre estos (art. 394 inc. 2 del CPP); b) la sentencia ha sido dictada por un

menor número de magistrados que el dispuesto o sin la concurrencia de votos que exige la ley (art. 392 inc. 4 del CPP); c) si falta o es incompleta en sus elementos esenciales la parte dispositiva (art. 394 inc. 4 del CPP); d) sin motivación o es contradictoria (art. 394 inc. 3 del CPP), el cual por especialidad debería ser tratado bajo el inc. 4 del 429 y e) cuando exista falta de correlación entre la acusación y la sentencia (art. 397 del CPP), como que se haya sancionado por otro delito que el que ha sido objeto de acusación, sin seguir el procedimiento establecido para la desvinculación procesal numeral 1) del artículo 374° y el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, o que se acrediten otros hechos fuera de la acusación, o que se aplique una pena más grave a lo solicitado por el fiscal, a pesar de no existir una injustificada causa de atenuación.

Por otro lado, y teniendo en consideración la división entre nulidades absolutas y relativas, si se intentara anular un acto procesal que atañe al trámite del proceso y si se trata de una nulidad relativa, deberá deducirse el incidente que impulse esa instancia nulificante, ya que de haber sido posible su deducción, la falta de protesta o reserva precluye la posibilidad de recurrir, ya sea para la apelación o la casación (Jauchen, 2012, pág. 658).

En esa misma línea deberá tenerse en consideración el principio de convalidación regulado en el art. 150 inc. 4 del CPP “La nulidad no podrá ser alegada por quien (...) no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada. Tampoco podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva”, siendo que en este supuesto pese al vicio existente y no habiendo sido solicitado en su momento el acto ha sido convalidado dentro del proceso y por tanto no puede ser motivo de causal para la admisión de un recurso de casación.

En suma, será admisible el recurso de casación por esta causal cuando por desconocimiento o falta de aplicación de la norma jurídica procesal, que establece el camino correcto para arribar a la resolución y a la construcción de esta (Jauchen, 2012, p. 657), haya como consecuencia un vicio *in procedendo* o *iudicando* sancionado con nulidad. Sin embargo, las nulidades presentadas a partir de la causal del 150 inc. 4 del CPP deberán ser utilizada bajo la primera causal por especialidad (San Martín, 2015, pág. 732).

C.- Inobservancia de la ley material (art. 429 inc.3 del CPP)

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.

Se le cataloga a esta causal como la casación sustantiva o material. Se da en general en todos los errores de derecho que constituyan el desconocimiento de una norma jurídica en su alcance general y abstracto, sea que el error verse sobre su existencia, sobre su validez o sobre su significado.

Para el análisis de la causal debemos partir de determinar la ley penal y hasta dónde van los límites de las otras normas jurídicas necesarias para la aplicación de la ley.

En cuanto al primero se hace referencia al que precepto alegado como infringido debe ser del código penal o de otra ley penal sustantiva – como ejemplo una ley especial como 30077 (Ley contra el crimen organizado)-, por ello considero que se hace referencia al derecho penal objetivo en su totalidad, que es el conjunto de normas jurídicas que tienen como presupuesto la realización de un delito y la aplicación de una pena o medida de seguridad como consecuencia jurídica (Muños & García, 2010, pág. 33).

En ese sentido, el error en los extremos fácticos de las causas de justificación, así como problemas referidos a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad entran por este sendero, no siendo de discusión la base fáctica, sino la parte normativa (Jauchen, 2012, pág. 657).

Ahora, en torno al segundo punto de análisis se debe partir también de la norma penal sustancial, ya que será ella la que determine la necesidad de recurrir supletoriamente a otras normas de derecho no penal (civiles, administrativas, etc.) para su aplicación, a estas normas se le denomina recepticias (Leone, p. 181, 1969), un claro supuesto sería el de los tipos penales en blanco que se complementan con una norma administrativa la infracción de la ley alcanzaría a esta normativa (Gimeno, 2015, pág. 921).

El juzgador durante el plenario tiene un momento particular donde debe realizar un proceso de selección e interpretación de la norma penal aplicable, siendo que el hecho motivo de juzgamiento se adecue concretamente a la descripción típica (Moreno, 2013, pág. 121), sin embargo en diversas oportunidad el juzgador puede cometer un error lo cual ocasionara una infracción de la ley sustantiva.

Si bien en doctrina esta infracción es considera como: a) el error acerca de la existencia de la norma, b) el error en la interpretación de la norma, c) el error en la aplicación, cuando se aplica a un hecho no correspondiente con la norma, d) el error en la deducción de las consecuencias de la norma, cuando no obstante ser correcta la interpretación y la subsunción del hecho, se

proclaman consecuencias no correspondientes con la norma interpretada (De la Rúa, 1994, pág. 37).

Nuestro legislador ha decidido hacer taxativas las formas en que puede ocurrir esta violación de la ley sustantiva (art. 429 inc.3) – lo cual es correcto atendiendo a la naturaleza extraordinaria de este recurso–, siendo tres las maneras: a) indebida aplicación; b) errónea interpretación y c) falta de aplicación.

- a) Cuando la norma utilizada al caso concreto no corresponde, es decir escoge una disposición incorrecta para subsumirlo en los hechos (Moreno, 2013, pág. 125). Un claro ejemplo sería la aplicación de un concurso real (art. 50 Código Penal) entre el delito de organización criminal (317 del Código Penal) y el delito de trata de personas con agravante que el agente pertenezca a una organización criminal (art. 153-Adel Código Penal), cuando lo que realmente hay es un concurso aparente de leyes, en base al principio de consunción.
- b) La norma aplicable al caso concreto es correcta, sin embargo, el juzgador le atribuye a la ley un sentido diferente o le asigna efectos contrarios a su contenido, lo cual conlleva a una equivocada interpretación del texto legal (Moreno, 2013, p. 125). Por su parte, nuestra Corte Suprema señala que es viable denunciar vía casación la interpretación errónea de una norma de derecho penal material, así como de la doctrina jurisprudencial de derecho material. Habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional en su resolución le da a la norma un sentido o un alcance que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le confiere más requisitos que los señalados por ley o le atribuye menos requisitos que los que fija la ley³⁷.
- c) Se desarrolla en el supuesto de no aplicación de la norma correspondiente; es decir, el juez yerra de su existencia por desconocimiento de la norma o conociéndola no la aplica (Moreno, 2013, pág. 125).

D.- Ilogicidad de la motivación (art. 429 inc.4 del CPP)

Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

³⁷ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Pariona Pastrana). Recurso de Casación N° 779-2016. Cusco. 26 de julio de 2017. Fundamento jurídico 6.1.

La motivación es una garantía con reconocimiento constitucional (art. 139 inc. 5 de la CP), por ello en diversas oportunidades es solicitada no por esta causal, sino por la de infracción del precepto constitucional, no obstante, consideramos que por términos de especialidad la causal correcta aplicarse en todo lo referente al tema de motivación es la presente.

Este derecho fundamental se ejerce en contra de la arbitrariedad judicial evitando que las resoluciones no se encuentren justificadas en un subjetivismo, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico y el caso³⁸, por ello la concepción racionalista de la motivación la entiende como la justificación de la decisión judicial (Ferrer, 2016, pág. 30).

³⁸Sin embargo, no todo error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido de este derecho, siendo que el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC Lima ha definido su vulneración en los siguientes puntos:

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente: No se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o que no responde a las alegaciones de las partes del proceso o porque solo intenta dar cumplimiento formal amparándose en frases sin sustento fáctico o jurídico.
- b) Falta de motivación interna del razonamiento: Tiene una doble dimensión: 1) Desde la corrección lógica, si existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; 2) Desde la coherencia narrativa, si existe un discurso absolutamente confuso que no puede transmitir las razones en las que se apoya la decisión. En ambos casos se analiza la debida motivación a partir de los argumentos utilizados en la resolución.
- c) Deficiencias en la motivación externa: Cuando las premisas desde las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto a su validez fáctica o jurídica. Esta deficiencia la vemos principalmente en los denominados casos difíciles donde se presentan problemas de prueba o de interpretación de disposiciones normativas.
Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento.
- d) Motivación insuficiente: Mínimo de motivación exigible a partir de las razones de hecho o de derecho indispensable para asumir que una decisión está debidamente motivada. No se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia se da desde una perspectiva constitucional cuando exista ausencia de argumentos o se manifiesta la falta de fundamentos a la luz de lo que se está resolviendo.
- e) Motivación sustancialmente incongruente: Los órganos judiciales se encuentran obligados a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteados, sin desviaciones que supongan desviación o alteración del debate procesal.
- f) Motivación cualificada. Es necesaria una especial justificación para las decisiones de rechazo de la demanda o en el caso de afectación de derechos fundamentales -como la libertad- como producto de la decisión jurisdiccional. En estos casos la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

En base a ello la pregunta a responder sería: cuándo una sentencia puede considerarse justificada. Existen dos posibilidades (Taruffo, 2005, pág. 307): a) cuando se base en un método holista, consiste en que la decisión se base en la elección de una de las historias de las causas entre las diversas que las partes han propuesto, a partir de una valoración conjunta, no particular, de cada elemento de prueba, lo cual implica la existencia de razones suficientes que la funden y b) cuando se base en un método atomista, considerarse justificada no sólo si hay razones que la funden, sino si esas razones han sido formuladas de manera analítica a partir de los específicos elementos de prueba, de sus respectivos valores probatorios y de las específicas inferencias que se funden sobre ellos. En nuestra consideración el método pertinente para la justificación de una decisión racional será el atomista.

La estructura de la justificación del fallo de la sentencia se basará en las premisas formuladas en el propio documento judicial, donde encontraremos premisas fácticas y normativas y de su conjunto se dará el fallo de la sentencia por derivación lógica.

Lo anterior es la clásica concepción silogística de la justificación judicial, la cual a tenor de Jordi Ferrer Beltrán es insuficiente, ya que en el proceso judicial no solo debe haber interés en la corrección lógica del argumento -justificación interna-, sino también en la corrección de los argumentos de los cuales el juez extrae su conclusión, - justificación externa-, es decir que el argumento no solo sea lógicamente válido, sino que sea también sólido (Ferrer, 2016, pág. 33).

Dicha definición acarrea una problemática en base a las premisas que sustentan el razonamiento judicial, ya que en el supuesto de ser descriptivas solo será necesario que estas sean verdaderas, es decir que dichas premisas deberán constituir la hipótesis con mayor fundamentación; sin embargo si las premisas son normativas, la conclusión no puede ser la misma, debido a que las normas no pueden ser verdaderas o falsas, por ello lo más factible en estos supuestos, será partir del baremo que las normas que se incorporen al razonamiento judicial deberán ser según el ordenamiento de referencia aplicables al caso (Ferrer, 2016, pág. 34 y ss).

Tratado el tema de la motivación debemos analizar cuando existirá falta o manifiesta ilogicidad de esta, la cual según nuestra Corte Suprema³⁹ el análisis de ambos vicios resulta del propio tenor de la resolución, delimitando el examen casacional a la propia resolución emitida y que ha sido recurrida.

³⁹ Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Lecaros Cornejo). Recurso de Casación N.º 482-2016. Cusco: 23 de marzo de 2017.

La falta de motivación significa ausencia de motivación, siendo que esta habrá cuando falte del todo o en parte la exposición de los motivos sobre un punto de la decisión judicial (Leone, 1963, pág. 193).

Según nuestra Corte Suprema este tipo comprenderá: 1) la ausencia absoluta de análisis, probatorio y jurídico penal, en la resolución judicial, lo cual conlleva a una incongruencia en la motivación (San Martín, 2015, pág. 729); 2) insuficiencia de la motivación, que comprende la falta de examen respecto: i) De aspectos centrales o trascendentes del objeto del debate, formulados por la acusación y defensa; ii) de pruebas esenciales sin las cuales pierde sentido la actividad probatoria, y las alegaciones de las partes procesales; iii) de las categorías de la teoría del delito relevantes y iv) De la medición de la pena y fijación de la reparación civil cuando correspondiera; 3) la motivación aparente, incorpora razonamientos impertinentes, vagos, genéricos o imprecisos, sobre los puntos materia de imputación o de descargo, no explica la causa de su convicción; 4) sentencias con imposibilidad de subsunción por inexistencia de la premisa mayor. Que se traduce cuando: a) el detalle de los hechos y sus circunstancias resultan gramaticalmente incomprensible; b) por la omisión de datos o circunstancias fundamentales del relato fáctico, lo cual no permite conocer la verdad de lo acontecido; c) hechos descritos en términos dubitativos o ambiguos.

La motivación ilógica o falta de lógica de la motivación, refiere que esta respete las reglas de la lógica: coherencia y derivación; así como sus principios: a) identidad – si el concepto sujeto es idéntico al concepto predicado el enunciado es verdadero-; b) contradicción – juicios opuestos contradictorios concluye que ambos no pueden ser verdaderos-; c) tercio excluido – juicios opuestos contradictorios implican que uno es verdadero y todos los demás falsos-; y d) razón suficiente – se justifique lo que en el juicio se afirme o niegue con la pretensión que sea verdad (San Martín, 2015, pág. 130).

En dichos términos bajo esta causal se analizará la coherencia lógica del razonamiento a través del cual el juez ha llegado a un juicio.

Un claro ejemplo será el momento de la valoración probatoria, ya que este exige el respeto de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y las leyes científicas (art. 393 inc. 2 del CPP); en dicho momento la razonabilidad del juicio del juez descansará en la corrección de la inferencia aplicada - enlace entre el elemento de prueba y la conclusión probatoria-. Ahora en el supuesto de elegirse una regla lógica, máxima de la experiencia o ley científica equivocada o impertinente; o escoger una demasiado genérica o amplia para el caso concreto; o si se le

aplica incorrecta o equivocadamente; en estos casos, la inferencia resultante será equivocada, lo cual conllevará a caer en una manifiesta ilogicidad en la motivación⁴⁰.

Otro supuesto de esta causal –ilogicidad- versará específicamente en las contradicciones al momento de motivar los hechos probados, ya que a partir de términos antagónicos hacen que estas resulten incompatibles entre sí, de tal manera que la afirmación de una, resta eficacia a la otra⁴¹. En cuanto a esto Giovanni Leone señala que la contradictoriedad en este supuesto debe ser entendida como la “inconciliabilidad de toda la motivación o de una parte de ella con la lógica (Leone, 1963, pág. 196).”

Una de las más importantes casaciones de nuestro país fue admitida en razón de esta causal, debido a que no se puede afirmar por el solo mérito de la gravedad de la pena que el imputado se dispondrá a realizar actos en contra de la investigación, además que el juez no indico en que consiste la posible obstrucción probatoria lo cual implica una motivación aparente del auto de prisión preventiva-, la cual posteriormente se declaró fundada y se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante la realización ordenada de la audiencia y que significan los presupuestos materiales de la prisión preventiva: *fumus delicti comissi*, la prognosis de pena y el peligro procesal en su vertiente de peligro de fuga⁴².

E.- Infracción de la doctrina jurisprudencial (art. 433 inc.5)

Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Mediante esta causal se refleja la clara función uniformadora de la jurisprudencia del recurso de casación, ya que esta causal se da en aplicación cuando los órganos jurisdiccionales penales inferiores aplican una ley sin tener presente la línea jurisprudencial vinculante establecida por la Corte Suprema (art. 433.3 del CPP); o se vaya en contra de la línea jurisprudencial declarada como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional (art. VII del Título Preliminar del CPCons).

La presente no es de aplicación para toda resolución que vaya en contra de una ejecutoria suprema, debido a que no todas fijan un principio jurisprudencial, por ello como primer punto

⁴⁰ Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Lecaros Cornejo). Recurso de Casación N.º 482-2016. Cusco: 23 de marzo de 2017.

⁴¹ Casación N.º 481-2016/ Puno. 7 de octubre de 2016. Fundamento Jurídico 16.

⁴² Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Neyra Flores). Recurso de casación N.º 626-2013. Moquegua: 30 de junio de 2015. Sala Penal Permanente.

se debe exigir que la sentencia recurrida se haya apartado de uno o varios principios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema como de cumplimiento obligatorio⁴³, la cual encuentra entre sus características el haber sido publicada en el diario oficial El Peruano, de conformidad con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Corte Suprema ha señalado que esta causal resulta atendible en tres supuestos⁴⁴.

i) Apartamiento expreso. - Cuando en la sentencia se decide no seguir el criterio jurisprudencial supremo vinculante o de ineludible observancia que es de aplicación al caso concreto y justifica su interpretación.

ii) Apartamiento presunto. – Cuando, por desconocimiento o deliberadamente, soslayan la aplicación del referido criterio a pesar que resulta de aplicación al caso, esto se corrobora en base a que en su resolución no se hace alusión alguna al mismo.

iii) Apartamiento material. - Aplican el criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, al caso que resuelven; pero no lo hacen de manera rigurosa, adecuada o acabadamente, lo cual repercute significativamente en la solución de este.

Ahora en caso de ampararse la casación, esto conllevaría a 2 supuestos: 1) ratificar y consolidar la doctrina jurisprudencial vinculante de obligatorio cumplimiento existente; y 2) modificar la línea de interpretación vinculante, estableciendo una nueva (Yaipen, 2014, pág. 282).

Una interesante casación fundada sobre esta causal⁴⁵ tiene como conflicto la interpretación que otorgo una sentencia de la Sala Constitucional y Social Permanente, de fecha nueve de febrero de dos mil diecisiete, Consulta número 19578-2016/El Santa; y el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, en cuanto a la aplicación del párrafo segundo del art. 22 del Código Penal, ya que en la resolución recurrida se emplea el criterio dado por la Sala Constitucional y Social Permanente de aplicar el segundo párrafo y por lo cual la determinación de la pena se torna desfavorable al reo, siendo que esta casación ratifica la doctrina jurisprudencial del Acuerdo Plenario que inaplica el segundo párrafo, basándose en el principio de igualdad y bajo los tres

⁴³ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Pariona Pastrana). Recurso de Casación N° 227-2012. Sullana: 15 de octubre de 2013.

⁴⁴ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: Sequeiros Vargas). Recurso de Casación N° 344-2017. Cajamarca: 4 de diciembre de 2017.

⁴⁵ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: San Martín Castro) Recurso de Casación N° 214-2018. El Santa: 8 de noviembre de 2018.

criterios establecidos, en un caso análogo por la Casación N° 1672-2017/Puno⁴⁶, que son: a) especialidad, b) momento de expedición de la sentencia en oposición y c) técnica de resolución de conflictos normativos.

6.4.- La desestimación del recurso

El encargado de realizar el primer control de admisibilidad es la Sala Penal Superior – en base al art. 405 inc. 3⁴⁷-, quien tiene la potestad de declarar admisible o inadmisibile, siendo que en ambos supuestos esto llegará a conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema -ya sea a partir del recurso de queja o elevado por la Sala Superior- quien realizará el control de admisibilidad definitivo.

De la normativa correspondiente al recurso de casación el art. 428 definirá taxativamente los supuestos por los que debe declararse inadmisibile dicho recurso.

- No cumplimiento de los requisitos y causales previstos en los artículos 405 y 429 o se interpone por motivos distintos a los previstos en esta norma (art. 428 inc. 1 y 2 del CPP)

Este será el supuesto en que no se cumpla la forma que requiere este recurso extraordinario – sujeto agraviado (imputado, Ministerio Público, actor civil o procurador); interposición por escrito o de manera oral en el plazo previsto por la ley que es de 10 días (art. 414 del CPP) y su debida pretensión concreta y fundamentada-. Asimismo, si el recurso no tiene fundamento en ninguna de las causales o solicita bajo una causal distinta tampoco podrá ser declarada admisible.

- Se refiere a resoluciones no impugnables en casación (art. 428 inc. 3 del CPP).

Esta causal hace referencia al artículo 427 del CPP– que ya fue tratado en el punto 6.2 -, sin embargo cabe señalar que esta forma de inadmisibilidat solamente hace referencia a la casación ordinaria, ya que vía casación excepcional, no existe la necesidad de cumplir con esas resoluciones, siendo suficiente la existencia de un interés casacional para el desarrollo de

⁴⁶ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Ponente: San Martín Castro) Recurso de Casación N° 1672-2017. Puno: 18 de octubre de 2018.

⁴⁷ “El juez que emitió la resolución impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes, luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. El juez que deba conocer la impugnación, aun de oficio, podrá controlar la admisibilidat del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio.”

doctrina jurisprudencial, por ello será inclusive admitidas resoluciones que no pongan fin al procedimiento, autos y sentencias con un delito imputado de menos de 6 años y otras más.

- El recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si ésta fuera confirmada por la resolución objeto del recurso; o, si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos del recurso de apelación (art. 428 inc. 4 del CPP). Para esta causal de inadmisibilidad se trae un principio de las nulidades, el de convalidación, regulado en el art. 152 del CPP, por ello será declarado inadmisibile debido a que la recurrente ya manifestó su consentimiento tácito o expreso del acto procesal con vicio.
- Cuando se carezca manifiestamente de fundamento; se han desestimado otros recursos sustanciales iguales y el recurrente no tiene argumentos para modificar la doctrina jurisprudencial establecida.

En cuanto a las formas previstas de inadmisibilidad el inciso 3 del art. 428 del CPP dosifica la regla, por ello si el recurrente alega 3 agravios no necesariamente debe declararse bien concedida por los 3, ya que bien puede admitirse solamente por uno y los demás ser declarados inadmisibles o también puede declararse admisible por los 3 o inadmisibile por los 3.

Ahora bien, estas nos serán las únicas formas a partir del cual se deba declarar inadmisibile el recurso debido a que el art. 431 inc. 2 del CPP prescribe que la inconcurrencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso sea formulado por el Ministerio Público, o del abogado del recurrente a la audiencia de casación determinará que se declare inadmisibile el recurso interpuesto, siendo que el fundamento de esto se basa en el desistimiento (art. 406 del CPP) de carácter tácito en razón de la conducta presentada por alguno de los recurrentes, lo cual es criticable debido a que de una interpretación sistemática del CPP no se prescribe que esta institución opera en los recursos, siendo que su única mención se da en lo correspondiente al art. 110 del CPP sobre el querellante particular, así también si se analiza su aplicación supletoriamente, del art. 343 del Código Procesal Civil – que regula la figura- se infiere la no existencia de un desistimiento tácito, sino que debe darse de manera expresa.

6.5.- Procedimiento

a) Fase de interposición y admisibilidad

El recurso de casación debe presentarse con las formalidades establecidas en el artículo 405 del CPP, asimismo deberá indicar y fundamentar la causal en que funda su recurso. Asimismo, el recurrente citará concretamente los preceptos legales que considere han sido aplicados incorrectamente, así como los fundamentos doctrinales y legales que sustentan su pretensión (art. 430 inc. 1 del CPP).

Interpuesto la casación, la Sala Penal Superior, primer filtro, podrá declarar su inadmisibilidad en el supuesto que no incurran las formalidades y se invoquen causales distintas en el Código (art. 430 inc. 2 del CPP). En caso de tratarse de casación excepcional la sala de apelaciones determinará si se ha propuesto por parte de los recurrentes fundamentos de interés casacional, sin embargo, no entrará a analizar la idoneidad o no de dichos argumentos⁴⁸.

Excepcionalmente, el recurso de Casación será procedente cuando la Sala Penal de la Corte Suprema lo considere oportuno para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, para ello el recurrente deberá consignar adicionalmente las razones que justifican la doctrina jurisprudencial, así como justificar la causal que corresponda. En este caso, la Sala Penal Superior calificará y constará la existencia de la fundamentación específica para su concesión (art. 430 inc. 3 del CPP).

Si la Sala Penal Superior concede el recurso, se notificará a las partes y se les emplazará para que concurran ante la Sala Penal de la Corte Suprema. Se fijará un nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente a la notificación, si proviniera de un Distrito judicial distinto de Lima (art. 430 inc. 4 del CPP).

Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado por un plazo de diez días, a las partes. Posteriormente, se procederá a conocer el fondo del mismo según la calificación de inadmisibilidad del recurso de casación, según el artículo 428 del Código Procesal Penal. Se expedirá en un plazo de veinte días y procederá conocer el fondo, si solamente hubiera tres votos (art. 430 inc. 5 y 6 del CPP).

b) Fase de preparación y audiencia

⁴⁸ Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Queja N° 420-2013. Lima: 14 de abril del 2014. Fundamento Jurídico 3.

Interpuesto el recurso y formulada las eventuales adhesiones al mismo, en la Secretaría de la Sala quedará el expediente por diez días para que los interesados puedan examinarlo y si lo consideran necesario ampliar sus alegatos (art. 431 inc. 1 del CPP).

Vencido el plazo se señala la fecha y hora para la audiencia de casación con concurrencia de las partes. En la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente y en un último momento, se concederá la palabra al imputado si este asistiera. Finalizada la audiencia, la Sala se regirá por el artículo 425 inciso 1 y 4 del CPP y se expedirá por un plazo de veinte días. Se resolverá el recurso de casación si hubiera cuatro votos a favor (art. 431 inc. 2 y 3 del CPP).

La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se da sobre los errores judiciales que estén contenidas en la resolución recurrida, por ello se encuentra sometida de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la resolución. La Sala corregirá los errores jurídicos en la sentencia casatoria, siendo que en caso estos no influyeran en la parte dispositiva no causará la nulidad (art. 432 inc. 2 y 3 del CPP).

Son dos los efectos que se producen al momento de resolverse la casación: a) rescindente y b) rescisorio:

- a) Si la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la resolución recurrida, puede decidir si para el caso se necesita o no nuevo juicio, siendo que de serlo se ordena el reenvío del proceso (art. 433 inciso 1 del CPP).
- b) Si la Sala Penal opta por la anulación sin reenvío, en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo, dictando el fallo que reemplace el recurrido. Si se decide la anulación con reenvío indicará la sala superior competente y el acto procesal que deba renovarse. El órgano jurisdiccional que reciba los autos procederá de acuerdo a lo resuelto por la Sala Suprema (art. 433 inciso 2 del CPP).

La Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá conocer y decidir que lo resuelto es doctrina jurisprudencial hasta que otra decisión lo modifique.

La Corte Suprema convocará a Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema en dos supuestos:

- a) Si existiere otra Sala Penal o esta se integra con otros vocales, se convocará al Pleno Casatorio para el pronunciamiento, que será adoptado por mayoría absoluta, la

resolución será publicada en el diario oficial. En este supuesto no es necesario la intervención de las partes (art. 433 inc. 3 del CPP)

- b) De oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieron decisiones discrepantes sobre la interpretación o aplicación de una determinada norma (art. 433 inc. 4 del CPP)

En el año 2018 la Sala Penal de la Corte Suprema declaro como vinculante 11 resoluciones, entre las que encontramos:

- Casación 332-2015, Del Santa. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. 14 de marzo de 2018. Ponente: Neyra Flores. Efectos de la formalización de la investigación preparatoria - La formalización de la investigación preparatoria suspende y no interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal, debiendo computarse el máximo de la pena más la mitad, conforme a los Acuerdos Plenarios número uno-dos mil diez y tres dos mil doce, así como la casación número trescientos ochenta y dos-dos mil doce-La Libertad.

-Casación 591-2015, Huánuco. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. 17 de mayo de 2017. Ponente: Figueroa Navarro. Efectos de la prueba irregular y diferencias con la prueba ilícita - La prueba irregular se produce por la inobservancia de una norma procesal para la obtención o actuación de un elemento de prueba, lo que puede sustentar su exclusión probatoria, no obstante, la exclusión de los elementos de prueba derivados de una prueba irregular se sustenta, tal como lo establece el artículo ciento cincuenta y nueve del Código Procesal Penal, en la vulneración del contenido esencial de un derecho fundamental. Por tanto, la sola inobservancia de una norma procesal no implica necesariamente la exclusión de los elementos de prueba derivados de la obtención de una prueba irregular.

- Casación 893-2016, Lambayeque: Primera Sala Penal Transitoria. 20 de abril de 2018. Ponente: Lecaros Cornejo ¿Es posible impugnar resoluciones desestimatorias de excepciones expedidas durante la etapa intermedia? Excepción de improcedencia de acción- En el presente caso, la posibilidad de impugnar decisiones desestimatorias de medios de defensa durante la etapa intermedia no se encuentra prohibida de forma expresa por la Ley. Por ello, permitir que dichas incidencias se apelen, respetará el principio de legalidad procesal.

- Casación 655-2015, Tumbes. Primera Sala Penal Transitoria. Ponente: Barrios Alvarado. 16 de agosto de 2017. Notificación a audiencia de terminación anticipada es obligatoria para todas las partes, aun cuando el agraviado no se haya constituido en actor civil

- Debió citarse a la audiencia de terminación anticipada a la Procuraduría; por lo que no es correcto interpretar el artículo 468.4, de la norma procesal, como erróneamente lo han considerado las instancias ordinarias, que la ausencia del actor civil, cuya asistencia es facultativa, justifica la falta de notificación a la precitada audiencia, pues son actos procesales distintos. En esta línea, la notificación para la instalación de la audiencia de terminación anticipada es obligatoria para todas las partes procesales, aun cuando el agraviado no se haya constituido en actor civil, al margen de si su presencia es facultativa.

-Casación 244-2016, La Libertad. Primera Sala Penal Transitoria. 20 de julio de 2018. Ponente: Chaves Zapater. La Primera Sala Superior de Apelaciones, al confirmar el auto de vista de primera instancia que declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio, afectó la observancia de las garantías constitucionales de carácter procesal para el desarrollo de doctrina jurisprudencial; habiéndose infringido el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso uno, del Código Procesal Penal, por lo que a fin de evitar la afectación el debido proceso, se debe dejar sin efecto el auto de vista del dieciséis de diciembre de dos mil quince, y dejar que el proceso continúe su trámite habitual.

- Casación 243-2016, La Libertad. Primera Sala Penal Transitoria. 17 de julio de 2018. Ponente: Chaves Zapater. La Sala Superior de Apelaciones, al confirmar el auto de vista de primera instancia que declaró de oficio la excepción de naturaleza de juicio, afectó la observancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad para el desarrollo de doctrina jurisprudencial; habiéndose infringido el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso dos, del Código Procesal Penal, por lo que a fin de evitar la afectación del debido proceso, se debe dejar sin efecto el auto de vista del dieciséis de diciembre de dos mil quince, y disponer que la causa continúe su trámite conforme al proceso común ordinario.

- Casación 119-2016, Áncash. Primera Sala Penal Transitoria. 6 de abril de 2018. Ponente: Brousset Salas - El artículo doscientos setenta y nueve, inciso primero, del Código Procesal Penal, operativiza en términos generales el principio de reformabilidad de la medida de comparecencia, tanto la referida en el artículo doscientos ochenta y seis, como la del artículo doscientos ochenta y siete del citado cuerpo legal. Por su parte, al artículo doscientos ochenta y siete inciso tercero establece una causal específica de revocatoria de la comparecencia con restricciones por prisión preventiva, sustentada en la variación ulterior de las circunstancias asegurativamente relevantes, evidenciada por el incumplimiento de las restricciones impuestas

al imputado en situación de comparecencia, conducta procesal negativa que expresa un incremento del peligro procesal producido por el imputado.

-Casación 564-2016, Loreto. Sala Penal Transitoria. 12 de noviembre de 2018. Ponente: Lecaros Cornejo - Doctrina jurisprudencial sobre la apariencia del delito como presupuesto de la prisión preventiva. Se establece como doctrina jurisprudencial el fundamento cinco de la presente Sentencia, en torno a la medida de detención preventiva.

-Sentencia Plenaria Casatoria 1-2018/CIJ-433: Determinación de la pena en delitos sexuales.I Pleno Jurisdiccional Casatorio de Las Salas Penales Permanente, Transitoria y especial. Ponentes: **San Martín Castro, Lecaros Cornejo y Salas Arenas.** 18 de diciembre de 2018.

- Sentencia Plenaria Casatoria 2-2018/CIJ-433: La exigencia de la prueba de ADN para condenar por violación sexual.I Pleno Jurisdiccional Casatorio de Las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. 18 de diciembre de 2018. Ponentes: Barrios Alvarado, Figueroa Navarro Y Neyra Flores.

c) Efectos y particularidades de la decisión

Si se da la anulación de la resolución recurrida esta puede ser total o parcial. En caso de no anularse las disposiciones, el recurso tendrá el valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. Dentro de la parte resolutoria la Sala señalará que partes adquieren ejecutoriedad (art. 434 inc. 1 y 2 del CPP)

Si por efecto de la casación de la sentencia o auto recurrido debe cesar la detención del procesado, se procederá directamente a su libertad (art. 434 inc. 3 del CPP).

En caso de improcedencia del recurso de casación, según el art. 436 del CPP, no será susceptible ningún recurso, salvo la acción de revisión de la sentencia condenatoria. Asimismo, no será susceptible la sentencia que se declare en el juicio de reenvío por la causal contenida en la sentencia; en cambio, lo será si la causal fuera distinta de las que se encuentren contenida en la sentencia casatoria (art. 436 inc. 1 y 2 del CPP).

VI.- RECURSO DE QUEJA

1.- Origen

Para Ayán el recurso de queja tiene su origen en el derecho español y deriva de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1872, periodo anterior aún, en la Ley 26 Título III, Partida III. Asimismo, citando a Condorelli, se establece que esta última regulaba un recurso denominado "recurso de atentado", la cual se incorporaba cuando el juez estaba pendiente de una apelación en efecto suspensivo, una recusación, un aspecto de materia de competencia o ya sea de cualquier defecto que impida seguir un buen funcionamiento del proceso. (Ayán, 2007, pág. 187)

2. Concepto e importancia

Diversos son los conceptos que se han incorporado en la doctrina respecto al recurso de queja, en tanto unos le niegan la calidad de recurso y refieren como un procedimiento; mientras, otros los confirman y una tercera lo relaciona con un reclamo.

En razón a ello, Yaipén citando a Vásquez Rossi, se toma la posición de considerar al recurso de queja como más que un recurso en sí mismo, es decir lo aborda como un procedimiento que tiene como objetivo llegar a la alzada. Por otro lado, cita a Martínez Rave, quien refiere al recurso de queja no como un recurso, sino como una forma de aseguramiento, en la que el juez pueda conocer de una medida contra la cual se interpuso recurso de apelación y casación (Yaipen, 2014, pág. 167).

Se le considera como un recurso de carácter residual pues está íntimamente relacionado con la admisión o no de un recurso devolutivo-apelación o casación-, así el recurrente para poder ejercitar la queja, tiene que primero haber interpuesto un medio impugnativo y éste tiene que habersele denegado.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico, el recurso de queja procede contra la resolución de los juzgados y Sala Penal Superior que declara inadmisibile el recurso de apelación y casación. El recurso de queja de derecho se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso. Se caracteriza porque al interponerse no suspende la tramitación del principal ni la eficacia de la resolución denegatoria según el artículo 437 del NCPP.

En este sentido, el recurso de queja ha sido considerado por los doctrinarios como recurso y procedimiento, haciéndose énfasis en sus diferencias; sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico lo considera este como un recurso que se caracteriza por impedir que el juez sea quien

decida por la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso; en otras palabras, es un medio impugnatorio que tiende a anular el auto que declara inadmisibile un recurso devolutivo, cuyo efecto permite un nuevo proceso de enjuiciamiento en la que solo el Tribunal Superior tiene el control para revisar los presupuestos procesales y pronunciarse por la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso devolutivo.

Respecto a su importancia que el recurso de queja es como una garantía de seguridad procesal, ya que evita cualquier arbitrariedad por parte del juez o tribunal inferior que vulnere su derecho a su accesibilidad de su derecho al recurso.

3.- Tratamiento en las demás legislaciones

3.1.- Argentina

El recurso de queja procede, según el artículo 476 del Código Procesal Penal de la Nación argentina, cuando sea denegado un recurso que deviniere de otro tribunal, la cual podrá presentarse directamente en queja el recurrente, con el fin de que se declare mal denegado el recurso.

Asimismo, el recurso debe interponerse por escrito dentro de los tres días que se haya notificado el denegatorio si el Tribunal de primera instancia y el de segunda residen en la misma ciudad. Cuando alguno de ellos resida en otra ciudad, el término será de ocho días. En este sentido, de manera inmediata se requerirá el informe, al respecto, del tribunal contra quien se haya deducido y este lo evacuará en un plazo de tres días.

Cabe agregar, respecto a la resolución del recurso, que el tribunal de alzada tiene la posibilidad de requerir el expediente cuando lo considere necesario; devolviéndolo de forma inmediata. Por tal, el tribunal deberá pronunciarse por auto, después de recibido el informe o recepcionado el expediente, según el art. 477 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

La resolución de la queja tiene diferentes consecuencias, según se desestime o se conceda la queja.

En cuanto a la desestimación del recurso de queja, las actuaciones deben ser devueltas sin más trámite al tribunal competente. La queja será desechada y se le declarará inadmisibile, ya que no cumple con los requisitos formales (tiempo, lugar, modo, impugnabilidad subjetiva y objetiva). Así también, puede ser rechazada cuando no obstante haber obtenido todos los

requisitos de admisibilidad, el estudio de su contenido sustancial no estimara la revocación de la resolución del tribunal a quo (primera instancia) en concordancia al recurso de primer grado siempre y cuando la denegatoria del recurso originario ha sido debidamente dispuesta (Ayán, 2007, pág. 209).

Si se concediera el recurso de queja (se declarará mal denegado el recurso), se especificará la clase y efectos que se concediera. Se le comunicará a aquel para que emplace a las partes y se proceda según el trámite correspondiente, según el artículo 478 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina.

3.2.- España

El recurso de queja es un recurso devolutivo ordinario cuya resolución corresponde el órgano superior al que dictó la resolución discutida.

Luego de la interposición del recurso, corresponde al órgano colegiado en caso de admitirlo, ordenar al que dictó la resolución que le informe al respecto. Asimismo, se dará vista al fiscal del respectivo informe y simultáneamente emitirá el suyo. A continuación, el órgano judicial resolverá lo que estime idóneo.

Dicho recurso tiene dos modalidades distintas de queja, la cual cumple con finalidades diferentes, independientemente si se refiere a un proceso ordinario o abreviado.

- *Recurso de queja por inadmisión del recurso de apelación de casación.*

La fase de preparación de la apelación y casación se dan previamente a la interposición y formalización ante el Tribunal de segunda instancia que se sustancia en el órgano judicial que declaró la resolución impugnada. En esta línea, el órgano que dicta la inadmisión del recurso e impide de manera definitiva el acceso del recurrente al Tribunal Superior.

Pues, el recurso de queja se presenta como respuesta del recurrente ante la inadmisión de su recurso por el Tribunal Superior. Con la finalidad de que dicho recurso devolutivo no se quede sin justificación o frustrado por un error del órgano judicial ante la cual se ha intentado preparar (Armenta, 2010, pág. 260).

En la resolución, el objeto en la que recae el recurso de queja es: 1) El auto del Juez Instructor que inadmite el recurso de apelación, la cual será conocimiento de la Audiencia Provincial 2) el auto del Juez de lo Penal o del Juez Central de lo Penal que asimismo inadmita la apelación

frente a un auto o frente a la sentencia, que será conocimiento de la Audiencia Provincial y la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional 3)El auto de la Audiencia Provincial o de la Sala Penal de la Audiencia Nacional que inadmita el recurso de casación, cuyo conocimiento será de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En este último, el procedimiento señalado en los artículos 233 a 231 LECrim no se aplicarán, estos se regirán por los artículos 862 a 871 de la LECrim.(Armenta, 2010, pág. 260).

- ***Recurso de queja sustitutivo del de apelación.***

El recurso de queja puede impugnar autos que no sean susceptibles de apelación declarados por el Juez Instructor o por el Juez de lo penal, en el procedimiento ordinario.

La interposición se dará en un plazo de 5 días, pero aún cabe la posibilidad de presentarlo fuera del procedimiento ordinario, la cual está introducido en la LECrim en el artículo 235 donde no se establece un plazo para ello; sin embargo este produce sus efectos en que el auto que se dicta no puede afectar al estado que tuviere la causa, sin perjuicio de lo que el Tribunal acuerde en su día cuando llegue a conocer de aquella.

- ***El recurso de queja ante la denegación frente a la interposición de ciertos recursos***

Ello lo podemos encontrar en: a) la denegación del testimonio pedido para interponer el recurso de queja (artículo 862 LECrim); b) Las resoluciones en que se deniega su admisión de un recurso de apelación o queja (artículo 218 LECrim); c) Su tramitación para la queja como sustitutivo del recurso de apelación (artículo 233 y artículo 235 LECrim). En caso se estime, el órgano que denegó el recurso ordenará la admisión y su respectivo trámite. Si se denegara, se producirá la firmeza de la resolución que tenía como fin recurrir(Armenta, 2010, pág. 261).

3.3.- Chile

El Código Procesal Penal de Chile, se promulgó por Ley N.º 19696 de 12 de octubre del 2000, regulándose en el Libro Tercero (Recursos), específicamente en el Título tercero respecto al Recurso de Apelación. En Chile el recurso de queja es denominado recurso de hecho y se aplica cuando se deniega el recurso de apelación, ha sido declarado improcedente u otorgado con efectos no ajustados a derecho. Para su incorporación se requiere un plazo de tres días.

Es así que en el artículo 369 del Código Procesal Penal chileno, se establece:

"Recurso de hecho. Denegado el recurso de apelación, concedido siendo improcedente u otorgado con efectos no ajustados a derecho, los intervinientes podrán ocurrir de hecho,

dentro del tercer día, ante el tribunal de alzada, con el fin que resuelve si hubiere lugar o no al recurso y cuáles debieren ser sus efectos.

Presentado el recurso, el tribunal de alzada solicitará, cuando correspondiere, los antecedentes señalados en el artículo 371 y luego fallará en cuenta. Si acogiere el recurso por haberse denegado la apelación, retendrá tales antecedentes o los recabará, si no los hubiese pedido, para pronunciarse sobre la apelación."

De ello se colige que el primero de los cuatro supuestos establecidos en el artículo 369 del Código Procesal Penal chileno, es conocido por la doctrina chilena como recurso de hecho propiamente tal o verdadero recurso de hecho y a las otras tres, como falso recurso de hecho; toda vez que en el primero, el recurso se interpone directamente ante el superior jerárquico para que conozca el recurso de apelación que el tribunal en primera instancia no ha tenido conocimiento. Respecto al artículo 369 inc. 2° CPP, solo se aplicará en el caso de verdadero recurso de hecho que en los demás casos, el tribunal superior tendrá los antecedentes al momento de resolver. (Horvitz & López, 2004, pág. 381)

4.- Objeto impugnado y finalidad

El recurso de queja está destinada a impugnar la resolución del juez que declara inadmisibles el recurso de apelación y casación.

Este medio impugnativo tiene por finalidad que el órgano superior tenga control sobre la decisión que declara el inferior en lo que concierne a la admisibilidad de la apelación denegada; es decir, se dirige a probar si el recurso fue mal denegado en caso el juez inferior haya incurrido en algún error al impedir el paso a una siguiente instancia.

En un primer momento, para que se pueda aplicar el recurso de queja se requiere que se haya interpuesto el medio impugnatorio de apelación o casación y se haya denegado. El modelo del recurso se caracteriza por ser residual, toda vez que está relacionado con la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de apelación y de casación; devolutivo, en tanto, el órgano jurisdiccional superior conoce del mismo y se refiere a la declaración de procedencia de otro recurso devolutivo (apelación o casación) indebidamente inadmitido y no suspensivo, ya que no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

4.1.- Ámbito de aplicación

Los ámbitos de aplicación del recurso de queja corresponden a la resolución del Juez unipersonal o la Sala Superior que declara inadmisibile el recurso de apelación, así como también recae sobre la resolución del juez unipersonal o la Sala Superior que declara inadmisibile el recurso de casación, según su competencia.(Neyra, 2015, pág. 616)

4.2.- Interposición y plazo

Se interpone el recurso de queja ante el órgano superior que se pronunció por denegar el recurso, en un plazo de 3 días de notificado el auto que deniega el recurso de apelación o casación, ello de acuerdo al artículo 414 literal c del Código Procesal Penal.

Además, el recurso debe estar motivado con la debida norma jurídica vulnerada, adjuntando la resolución que se pretende recurrir y, en su caso los referentes a su tramitación, la resolución recurrida, el escrito en que se recurre; y, la resolución denegatoria.

El recurso de queja se fundamenta en un análisis serio y razonado respecto a la resolución que se impugna mediante el recurso de hecho y de la resolución que desestima el recurso de apelación y casación. Como consecuencia, el órgano revisor se pronunciará sobre el rechazo de un error de la pretensión impugnatoria o si en todo caso es contraria a derecho, resultando irregular cualquier resolución que establezca lo contrario(Neyra, 2015, pág. 616)

Cabe resaltar que se aplicará supletoriamente lo determinado en el artículo 403 de Código Procesal Civil, la cual desarrolla que:

"Tratándose de distritos judiciales distintos a los de Lima y Callao, puede el peticionante solicitar al juez que denegó el recurso, dentro del plazo anteriormente señalado, que su escrito de queja y anexos sea remitido por conducto oficial. El juez remitirá al superior el cuaderno de queja dentro de segundo día hábil, bajo responsabilidad."

4.3.- Examen del recurso

Una vez interpuesto el recurso de queja, la Sala de Apelaciones en caso encuentre algún requisito de admisibilidad o de procedencia que se omita, podrá rechazarlo. De lo contrario, se pronunciará sin trámite respecto a la admisibilidad o inadmisibilidad. De admitirse, se decidirá por declararla fundada o infundada.

Si se declara fundada la queja, sin perjuicio que se le notifique a las partes, se concederá el recurso y se ordenará al juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda.

Si en todo caso el órgano superior lo declarase infundada el recurso de queja, se le comunicará la resolución tanto al Ministerio Público como a los sujetos procesales.

Para que puede darse la debida calificación, los órganos jurisdiccionales deben adecuarse a los plazos, requisitos y formalidades respecto a los asuntos, aplicando lo regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

4.4.- Efecto diferido

Cabe abordar en un primer punto como se aplica el efecto diferido en los medios impugnatorios y es que cuando nos referimos a este tipo de efecto suele confundirse con el efecto suspensivo. En tanto, el efecto diferido paraliza la remisión del recurso al juez competente para que tenga conocimiento hasta que se cumpla el acto procesal previsto por la norma; y el efecto suspensivo, paraliza los efectos de la resolución recurrida hasta el pronunciamiento del juez que conoce el recurso. Por lo que, un recurso no suspensivo puede tener efecto diferido, la cual puede presentarse en la impugnación de una resolución que mediante un recurso produzca sus efectos, y asimismo que el conocimiento del juez revisor se paralice hasta que suceda el supuesto normativo habilitante (Yaipen, 2014, pág. 148).

Un claro ejemplo es el recurso de queja la cual tiene un efecto no suspensivo y a la vez presenta un efecto diferido, cuya regulación se encuentra en el Código Procesal Penal.

Ello consta en los procesos con pluralidad de imputados o delitos, cuando se dicta el auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, donde la impugnación que se presenta si es concedida se reserva la remisión de los autos al Tribunal Revisor hasta que concluya el juicio oral, salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes, según el artículo 410 del CPP. En este sentido, quien se encuentra afectado podrá interponer un recurso de queja, cumpliendo con las formalidades establecidas por ley.

Por tal, nos dice Yaipén (2014) que:

"Como podemos apreciar, la ley procesal autoriza que la parte que se sienta afectada por el efecto diferido de un recurso interpuesto y concedido pueda impugnar esa decisión sobre el efecto del recurso técnicamente, no es recurso de queja para lograr la

admisibilidad de otro, pues éste ya ha sido concedido, lo único que se pretende con esta forma de queja es obtener un pronunciamiento rápido y no esperar a que se emita sentencia o resolución definitiva contra los demás imputados. Se trataría en todo caso de una petición de rápida jurisdicción por afectación inminente de los derechos de la parte recurrente (p. 175)."

- **Queja por denegatoria de recurso de apelación**

Como se había establecido líneas arriba, el recurso de apelación procede contra sentencias y autos según el artículo 416.1 del CPP, y es imperante que cumpla con los requisitos en cuanto a su interposición y futura admisión, debiendo destacarse: 1) La legitimación activa, es decir quién es competente para interponer cierto recurso es el agraviado, aquél debe tener un interés directo y facultad legal; 2) Que se presente de manera escrita en un plazo de 3 y 5 días en relación a los autos y sentencias, respectivamente; 3) Los debidos fundamentos de hecho y derecho en que se basa el contenido de la impugnación.

El CPP indica una aplicación de doble control de admisibilidad, en un primer momento con el de primera instancia, quien emitió la resolución impugnada; y en un segundo momento con el de segunda instancia, que va a tener conocimiento del recurso impugnado en un segundo plano.

En cuanto al primer control de admisibilidad si el juez declara inadmisibile el recurso de apelación, quien resulte agraviado podrá interponer el recurso de queja por denegatoria de apelación, para ello debe verificarse las formalidades y estimar si se declara fundado o no.

Ahora si el recurso de apelación pasa por el primer control de admisibilidad, pero se queda en el segundo, ya no cabe el recurso de queja por denegatoria de apelación, en razón a la identidad coincidente del órgano jurisdiccional que declara la inadmisibilidad del recurso y que ya conocería. Para estos supuestos de denegación de recurso de apelación que se dan en el segundo control de admisibilidad no podrá incorporarse ningún recurso, salvo en el caso de denegación de sentencias, en la cual cabe aún interponer el recurso de reposición, según el artículo 421 literal 2 del Código Procesal Penal (Yaipen, 2014, pág. 169).

- **Queja por denegatoria de recurso de casación**

El recurso de casación está limitado a ciertas formalidades reguladas por nuestro ordenamiento jurídico, para que tenga competencia el Tribunal Supremo, y conocer sentencias y autos

definitivos. Tiene como objetivo, cambiar el pronunciamiento de impugnación o alcanzar la anulación de la resolución que se recurre.

Ahora bien, la interposición del recurso de casación es diez días después de la notificación de la resolución judicial. El artículo 427 del CPP, señala que el recurso procede contra las sentencias definitivas, 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, respecto al pronunciamiento en apelación de las salas superiores.

En la misma línea, en el artículo 428 del CPP indica las limitaciones a la cual está sometido el recurso de casación, como son: 1) En autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito más grave tenga como pena privativa de libertad en su extremo mínimo mayor a seis años; 2) En sentencias cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita por el fiscal tenga un extremo mínimo de pena privativa de la libertad mayor a seis años. 3) En sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación.

En todo caso, si la impugnación se encuentra en relación a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda valorarse económicamente. Asimismo, excepcionalmente procederá el recurso de casación cuando la Sala de la Corte Suprema discrecionalmente lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

En cuanto a su similitud con el recurso de apelación, el recurso de casación también pasa por un doble control de admisibilidad; donde en un primer momento estará a cargo del a quo; es decir, quién emite la resolución impugnada; y en segundo momento, será de conocimiento del *órgano de segunda instancia*.

Las diferencias se centran en el examen de admisibilidad, en el recurso de casación se presenta un verdadero juicio de admisibilidad con los requisitos exigidos en los artículos 427 y 428 del CPP más los requisitos incorporados en los artículos 405, 430 literal 3, la coherencia y positividad del artículo 429 del NCPP que determina las causales y motivos. El procedimiento del examen es diferente al primer control de admisibilidad, cuya competencia es de la sala penal superior y justamente el análisis del recurso de queja recae en dicha denegatoria respecto al contenido del primer control de admisibilidad que realiza la sala superior o sala de apelaciones. Por ello "no es objeto de la queja efectuar el juicio de admisibilidad conferido a la Corte

Suprema, como Tribunal de casación, en un trámite distinto reservado para otro momento procesal, según lo previsto en los numerales 5 y 6 del artículo 430 del CPP segundo control de admisibilidad) (Yaipen, 2014, pág. 172)".

En definitiva, a partir de estas consideraciones es que podemos decir que la queja es un recurso, toda vez que es un medio de impugnación que no se condice con los remedios (tacha, oposición y nulidad) toda vez que no se dirigen a un acto procesal cualquiera, sino a una resolución. Pero es un recurso distinto al de casación, toda vez que no se pronuncia por lo que la práctica forense llama el fondo del asunto, sino por qué no fue aceptado el recurso que sí pedía un pronunciamiento de fondo (Sánchez, 2012, pág.162)".

Bibliografía

- Alfaro, L. (2015). El derecho a la impugnación desde las Altas Corte de Justicia. En G. Priori, *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación* (págs. 391-410). Lima: PALESTRA.
- Araya, H., & Hernandez, M. (2013). EL DERECHO AL RECURSO Y LA REFORMA LEGISLATIVA DE CREACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PENAL. (*Tesis para optar al grado y título de Maestría Profesional en Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica*). Universidad de Costa Rica.
- Armenta, T. (2010). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: MARCIAL PONS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
- Asencio, J. (2016). *Derecho Procesal Penal. Estudios fundamentales*. Lima: INPECCP.
- Ayán, M. (2007). *Medios de impugnación en el proceso penal*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- Bernal, J., & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal* (sexta ed., Vol. I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, J., & Montealegre, E. (2013). *El proceso penal* . Bogotá: Externado.
- Binder, A. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. (segunda edición ed.). Buenos Aires: Ad- Hoc.
- Binder, A. (1993). *Introducción al derecho procesal penal*. *Ad-Hoc* (segunda edición ed.). Buenos Aires.
- Binder, A. (2000). *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad- Hoc.
- Bustamante, M., & Agudelo, D. (2015). El precedente vinculante en el common lam y en el sistema continental- referencia especial a algunos países de Latinoamérica. En *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes*. Medellín.
- Cáceres. (2010). *Las nulidades en el proceso penal*. Lima: Jurista Editores.

- Cadiet. (2016). El rol institucional y político de la corte de casación en Francia: Tradición, transición, mutación? En M. Tarruffo, M. Guilherme, & D. Mitidiero, *La misión de los tribunales supremos* (págs. 175-204). Madrid: Marcial pons.
- Cadiet, L. (2009). El rol institucional y político de la corte de casación en Francia: Tradición, transición, mutación. En L. Guilherme, & D. Mitidiero, *La misión de los tribunales supremos*. Madrid: Marcial Pons.
- Cisneros, J., & Genaro, J. (2002). RECURSO DE APELACIÓN. (*Tesis digital: 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*).
- Cuba, V. (2015). *El nuevo proceso Penal Peruano*. Lima: Palestra.
- Cubas, V., Doig, Y., & Quispe, F. (2005). *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- Cubas, V., Doig, Y., & Quispe, F. (2005). *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- De la Rúa, F. (1994). *La casación penal*. Buenos Aires: Deplama.
- De Santo, V. (1999). *Nulidades Procesales*. Buenos Aires: Edit. Universidad.
- Devis, H. (1984). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Universidad.
- Doig, Y. (2004). *El sistema de recursos en el proceso penal peruano*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Doig, Y. (2004). El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación. En J. Hurtado, *La Reforma del Proceso Penal peruano* (págs. 187-236). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Fernandez, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel.
- Ferrer, J. (2016). *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grisley.
- García, D. (1984). *Manual de derecho procesal penal* (Octava ed.). Lima: Editorial y distribuidora de libros S.A.
- Gimeno, V. (2015). *Derecho Procesal Penal* (Segunda edición ed.). Navarra, España: Editorial Aranzadi, SA.
- González- Cuellar. (1993). Los fines de la casación en el proceso civil. *Jueces para la democracia*, 55-61.
- Hernández, R. (1990). *La tutela de los derechos fundamentales*. San José: Juricentro.
- Horvitz, M., & López, J. (2004). *Derecho Procesal Penal chileno*. Santiago: EDITORIAL JURIDICA DE CHILE.
- Hurtado, M. (2012). *La Casación Civil. Una aproximación al control de los hechos*. Lima: IDEMSA.

- Iberico, L. (2012). *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ibérico, L. (2016). *La impugnación en el proceso penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Pacífico.
- Jauchen, E. (2012). *Tratado de derecho procesal penal* (Vol. I). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Jauchen, E. (2012). *Tratado de derecho procesal penal* (Vol. II). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Jauchen, E. (2012). *Tratado de derecho procesal penal* (Vol. III). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Jiménez, E., & Vargas, O. (2011). *Nuevo régimen de impugnación de la sentencia penal*. San José de Costa Rica: Escuela Judicial.
- Leone, G. (1969). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Vol. III). (S. Santis, Trad.) Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa- América.
- Leone, G. (1969). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Vol. III). (S. Santis, Trad.) Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa- América.
- Letelier. (14 de enero de 2013). *La función dilatoria de una casación que se extingue*. Obtenido de Instituto Chileno de Derecho Procesal: www.ichdp.c
- Letelier, E. (2013). *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona: Atelier.
- Lino, E. (2012). Medios de Impugnación. Recursos. *Revista de Derecho Procesal*, 90-91.
- LLobert, J. (2011). *Proceso penal comentado*. San José: Editorial Jurídica.
- LLobet, J. (2017). *Proceso penal comentado* (sexta edición ed.). San José: Editorial Jurídica Continental.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal* (Vol. I). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Maljar, D. (2006). *El Proceso Penal y las garantías constitucionales*. Buenos Aires: Ad- Hoc.
- Menéndez, P. (2006). *Impugnación de la cosa juzgada firme* (Vol. I). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Mesia, C. (2009). *Los Recursos Procesales Constitucionales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Monroy, J. (1993). Los medios impugnatorios en el código procesal civil. *Ius et veritas*, 21-31.
- Monroy, J. (2009). *Teoría general del proceso* (tercera edición ed.). Lima: Communitas.
- Monroy, J. (2015). Las Cortes Supremas en la postmodernidad. En G. Priori, *El rol de las altas cortes y el derecho a la impugnación*. Lima: Palestra.
- Monroy, J. (2015). *Las Cortes Supremas en la postmodernidad*. Lima: Palestra.
- Montero, J. (2006). *Proceso y Garantía*. Valencia: TIRANT LO BLANCH.

- Montón, A. (2007). Los medios de impugnación. En J. Montero, *Derecho Jurisdiccional* (Vol. III, págs. 367-416). Valencia: Tirant lo blanch.
- Moreno, L. (2013). *La casación penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Muños, F., & García, M. (2010). *Derecho Penal. parte General*. Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- Nevarés, D. (2014). *Sumario del Derecho Procesal Penal Puertorriqueño*. Puerto Rico: Antolín Nín.
- Neyra, J. (2015). El recurso de apelación en el Código Procesal Penal 2004. En G. Priori, *El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación* (págs. 413-434). Lima: PALESTRA.
- Neyra, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima: IDEMSA.
- Neyra, J. (2018). La jurisprudencia penal peruana sobre la valoración de la prueba. En G. Priori, *La prueba en el proceso* (págs. 161-184). Lima: PALESTRA.
- Nieva-Fenoll. (2000). *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona: JOSÉ MARÍA BOSH.
- Nieva-Fenoll. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva-Fenoll. (2015). *Derecho procesal. Proceso Civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva-Fenoll, J. (2000). *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona: José M. Bosch.
- Nieva-Fenoll, J. (2009). *La reforma de la labor del Tribunal Supremo y "la unificación de doctrina". Perspectivas de la introducción del modelo anglosajón en nuestro derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva-Fenoll, J. (2014). *Derecho Procesal I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva-Fenoll, J. (2017). *Derecho procesal III. Proceso Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Oré, A. (s.f.). *Instituto de ciencia Procesal Penal*. Obtenido de Opinión para el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema: www.incipp.com
- Ortells, M. (1994). *Derecho Jurisdiccional. Proceso Penal* (Vol. III). Barcelona: Bosch.
- Palacio, E. (1998). *Los recursos en el proceso penal*. Buenos Aires: Abelado- Perrot.
- Proto, A. (2015). El recurso de casación en Italia. En *El rol de las altas cortes y el derecho a la impugnación* (G. Priori, Trad.). Lima.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- San Martín. (2004). La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas. En J. Hurtado, *La reforma del Proceso Penal peruano* (págs. 27-68). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- San Martín. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP.
- San Martín, C. (2009). *Recurso de casación y Corte Suprema de Jurisprudencia: evaluación tres años después*. Lima: Fondo editorial de la PUCP.

- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP.
- San Martín, C. (2018). *Jurisprudencia penal, procesal penal y de ejecución penal vinculante y relevante(2004-2017)*. Lima: INPECCP, CENALES.
- Sánchez, J. (2017). *La prueba prohibida y la nulidad de actuados en el proceso penal*. Gaceta Jurídica: Lima.
- Sánchez, P. (2009). *Introducción al Nuevo Proceso Penal*. Lima: IDEMSA.
- Santo, V. (1999). *Tratado de los recursos*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Scarpato, E. (2010). " Principios procesales e invalidez". En M. Torres, & R. Cavani, *Estudios sobre la nulidad procesal*. Lima: Gaceta jurídica.
- Taruffo, M. (2005). *El vértice ambiguo*. Lima: Palestra editores.
- Taruffo, M. (2009). *Las funciones de las Cortes Supremas*. (M. Aramburo, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Torres, S. (2003). *Nulidades en el proceso penal* (cuarta edición ed.). Buenos Aires: Edit. Ad-Hoc.
- Vásquez, J. (2004). *Derecho procesal penal: Conceptos generales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Vecina, J. (2003). *La casación Penal*. Madrid: Tecnos.
- Vescovi, E. (1988). *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Buenos Aires: Ediciones Depalama.
- Yaipen, V. (2014). *Recurso de casación penal. Reforma procesal penal y análisis jurisprudencial*. Lima: Ideas Solución Editorial SAC.