



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA CONDENA DEL ABSUELTO EN LA JURISPRUDENCIA DE
LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA EN LOS AÑOS 2012-2016**

**PRESENTADA POR
PEDRO ANÍBAL HUAMÁN DE LA CRUZ**

**ASESORA
DIANA GUISELLA MILLA VÁSQUEZ**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO DE DERECHO EN CIENCIAS
PENALES**

LIMA – PERÚ

2019





CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



**FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POST GRADO**

**“LA CONDENA DEL ABSUELTO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA EN LOS AÑOS 2012-2016”**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

PRESENTADO POR:

PEDRO ANÍBAL HUAMÁN DE LA CRUZ

ASESORA:

DRA. DIANA GISELLA MILLA VÁSQUEZ

LIMA – PERÚ

2019

DEDICATORIA

A mi Madre

RESUMEN	i
SUMMARY	ii
INTRODUCCIÓN	iii
CAPÍTULO I	1
MARCO TEÓRICO REFERENTE A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL RECURSO	1
1. Antecedentes de la investigación	1
1.1. Tesis	1
1.2. Artículos de investigación	2
2. El derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	4
3. Derecho al debido proceso	5
3.1. Aspectos generales	5
3.2. El origen del debido proceso	6
3.3. El debido proceso en la jurisprudencia	8
4. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva	9
4.1. Aspectos generales	9
4.2. Manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional	10
4.2.1. Derecho de acceso a la justicia	10
4.2.2. Derecho a obtener una resolución fundada en derecho	11
5. Derecho a los recursos legalmente previstos	12
6. Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales	13
7. La jurisprudencia de la tutela jurisdiccional en el derecho comparado	14
8. La tutela jurisdiccional en el derecho comparado	14
CAPÍTULO II	16
LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS EN EL SISTEMA PROCESAL	16
1. Conceptos generales	16
2. Fundamento	17
3. Principios de los recursos impugnatorios	18
3.1. Principio de legalidad	18
3.2. Principio de trascendencia	19
3.3. Principio dispositivo	20
3.4. Principio de prohibición de reforma en peor	21
3.5. Principio de instancia plural	22

3.6. Principio de inmediación	23
4. Presupuestos del recurso de impugnación.....	24
4.1. Presupuestos subjetivos	25
4.1.1. El agravio	25
4.1.2. El carácter de parte.....	25
4.2. Presupuestos objetivos	26
4.2.1. [En] el acto impugnatorio	26
4.2.2. [En] cuanto a las formalidades.....	26
5. Efectos de los recursos.....	27
5.1. Efecto devolutivo	28
5.2. Efecto suspensivo.....	29
5.3. Efecto extensivo	30
5.4. Efecto diferido	31
6. Características de los recursos	31
7. Clasificación de los recursos	33
8. Los recursos en el proceso penal	34
9. El recurso de apelación	36
9.1. Concepto.....	36
9.2. Efectos	37
9.2.1. Efecto devolutivo	37
9.2.2. Efecto suspensivo.....	39
9.3. Características	40
9.4. El agravio en el recurso de apelación	41
9.5. Trámite del recurso de apelación.....	42
9.6. Admisibilidad de la apelación	43
9.7. Clasificación:	45
9.7.1. Apelación de autos.....	45
9.7.2. Apelación de sentencias	48
9.8. La sentencia de apelación o de segunda instancia	49
9.9. Los sistemas de apelación	50
9.9.1. Apelación Plena	51
9.9.2. Apelación Limitada	51
9.10. El recurso de apelación en el derecho comparado	52
10. El recurso de casación	54

10.1. Evolución histórica.....	57
10.2. Finalidades.....	59
10.2.1. Finalidad <i>nomofiláctica</i>	59
10.2.2. Finalidad unificadora de la jurisprudencia.....	60
10.2.3. Finalidad <i>dikelógica</i>	62
10.3. Motivos de la casación.....	63
10.3.1. Casación procesal.....	63
10.3.2. Vicios del procedimiento.....	64
10.3.3. Vicios por defectos de la sentencia.....	66
10.3.4. Casación sustantiva: Infracción a la ley.....	68
10.4. El recurso de casación en el Código Procesal Penal.....	70
10.5. Tipos de casación.....	71
10.5.1. Casación ordinaria.....	71
10.5.2. Casación excepcional.....	72
CAPITULO III.....	73
ANTECEDENTES DE LA “CONDENA DEL ABSUELTO”.....	73
1. Aspectos generales.....	73
2. Legislación nacional.....	74
3. Convenios internacionales.....	76
4. Doctrina jurisprudencial nacional sobre la “condena del absuelto”.....	77
5. Doctrina jurisprudencial a nivel nacional de la “Condena del absuelto”.....	79
5.1. Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Consulta N° 2491-2010 Arequipa, del 14 de setiembre de 2010.....	79
5.2. Sala Penal de Apelaciones de Trujillo en la sentencia recaída en el Expediente N° 02850-2010, del 20 de setiembre de 2011.....	80
5.3. Sentencia de Casación N.° 195-2012-Moquegua.....	80
5.4. Sentencia de casación N.° 280-2013-Cajamarca.....	80
5.5. Sentencia de Casación N.° 385-2013-San Martín.....	81
5.6. Sentencia de Casación N.° 194-2014-Ancash.....	81
5.7. Sentencia de Casación N.° 454-2014-Arequipa.....	82
5.8. Sentencia de Casación N.° 499-2014-Arequipa.....	82
6. Posiciones de la doctrina nacional con respecto a la “condena del absuelto”.....	82
CAPITULO IV.....	84
METODOLOGÍA.....	84
1. Diseño metodológico de la investigación.....	84

1.1. Tipo de Investigación	84
1.2. Nivel de Investigación	84
1.3. Método utilizado en la investigación	84
2. Aspectos éticos de la investigación	85
3. Hipótesis de la investigación	85
3.1. Hipótesis General	85
3.2. Población-muestra	86
4. Control de resultados-contrastación	96
CAPÍTULO V	97
LA CONDENA DEL ABSUELTO Y SUS POSIBLES SOLUCIONES	97
1. El recurso de apelación, posible solución a la problemática	97
2. El recurso de casación como aparente solución a la problemática	98
3. La nulidad de la decisión y del juzgamiento como solución al problema	99
CAPITULO VI	102
DISCUSIÓN	102
1. Discusión de las posibles soluciones desarrollados en la investigación	102
2. Garantía de pluralidad de instancias	104
CONCLUSIONES	106
RECOMENDACIONES	108
FUENTES DE INFORMACIÓN	111

RESUMEN

La presente investigación se divide en seis capítulos, en el primero se desarrolla los antecedentes, la protección del derecho al recurso como derecho fundamental y que ampara a todo justiciable, previsto en la Constitución Política del Estado, así como a la tutela jurisdiccional efectiva en el derecho nacional y comparado.

En el capítulo segundo se plasma los medios impugnatorios en el sistema procesal desde una óptica garantista, así, el derecho a la impugnación se sustenta en base a los principios de legalidad, trascendencia, la prohibición de la *reformatio in peius*, inmediación, entre otros. Los recursos en el proceso penal comprenden el recurso de apelación que es un recurso de carácter devolutivo y suspensivo, planteado ante un posible error judicial por parte del juez de primera instancia; y, el recurso de casación que es de carácter extraordinario y devolutivo, de puro derecho *in iure*, cuyas finalidades son: *monofilactica*, unificadora de la jurisprudencia y *dikelogica*.

El capítulo tercero analiza la institución de la “condena del absuelto” y sus antecedentes, la base legal, la doctrina y ejecutorias supremas. El capítulo cuarto desarrolla la metodología utilizada a nivel de la investigación y comprende al método inductivo y deductivo.

El capítulo cinco versa sobre los recursos en la “condena del absuelto” y las posibles soluciones al conflicto. Finalmente, el capítulo seis desarrolla la solución a la problemática planteada, desde la óptica de la pluralidad de instancias o derecho al recurso, analizados en función a los parámetros establecidos en la doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de Justicia y la doctrina nacional e internacional.

SUMMARY

The investigation is divided into six chapters, in the first one it develops the protection of the right to recourse as a fundamental right that protects every defendant foreseen in the Political Constitution of the State. Effective jurisdictional protection in national and comparative law. The second chapter captures the impugning means in the procedural system from a guarantee perspective. Thus, the right to challenge is based on the principles of legality, transcendence, device, the prohibition of *reformatio in peius*, immediacy, among others.

The appeals in the criminal process include the appeal that is a remedy of a devolutive and suspensive nature, raised before a possible judicial error on the part of the judge of first instance; and the cassation appeal is of extraordinary and devolutionary nature, of pure right *in iure*, whose purposes are: monofilactica, unifying of the jurisprudence and *dikelogica*. The third chapter analyzes the institution of the “sentence of the acquitted” and its antecedents, the legal basis, the supreme doctrines and executions. The fourth chapter develops the methodology used at the level of research, and includes the inductive and deductive method.

Chapter five deals with the resources in the “sentence of the acquitted” and its possible solutions to the conflict. Chapter six includes the solution to the problem posed, from the point of view of the plurality of instances or right to recourse, analyzed according to the parameters established in jurisprudential doctrine issued by the Supreme Court of Justice and national and international doctrine.

INTRODUCCIÓN

Tras setenta años de vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 nuevos aires garantistas impregnan el proceso penal peruano, pues la ciencia del derecho procesal ha trasmutado del sistema inquisitivo al sistema acusatorio-adversarial, acorde a la legislación moderna-comparada. Este punto de quiebre se basó en el trabajo fructífero de legisladores, juristas, magistrados y abogados, quienes contribuyeron a que se concrete la transformación procesal que está dando sus primeros frutos a través de la mejora de la administración de justicia peruana.

El Poder Legislativo promulgó a través del Decreto Legislativo N° 957 el “nuevo” Código Procesal Penal, el 29 de julio de 2004, el mismo que está vigente en la mayoría de distritos judiciales de la República. Desde dicha fecha han transcurrido catorce años aproximadamente, tiempo en el cual se gestó innumerables plenos jurisdiccionales superiores distritales y nacionales, sentencias de casación y acuerdos plenarios emitidos de la Corte Suprema de Justicia.

Durante la implementación del Código Procesal Penal de 2004, se advirtió que algunos magistrados y doctrinarios solicitaron modificaciones al mismo porque, durante su implementación a nivel nacional, se constató una diversidad de problemas jurídicos respecto de algunas instituciones procesales, tales como: la prisión preventiva, la prolongación, proceso inmediato, entre otras. Cabe indicar que algunos problemas fueron superados a través de los debates llevados a cabo en el ámbito académico y luego a través de la emisión de doctrina jurisprudencial.

Y justamente una de las problemáticas advertidas en nuestro ordenamiento procesal subyace en la “condena del absuelto”. Esta institución fue instaurada en la nueva normativa procesal a fin de superar el problema de las dilaciones del proceso penal debido

a las frecuentes declaraciones de nulidad por parte de los magistrados de las Salas Penales Superiores –en procesos sumarios– y la Corte Suprema de Justicia –en procesos ordinarios–, quienes, tras revisar una sentencia absolutoria de primera instancia, consideraban que existían elementos de responsabilidad –según el Código de Procedimientos Penales del 1940–.

Empero, con la puesta en práctica de la institución de la “condena del absuelto” –Código Procesal Penal del 2004– se advirtió una problemática ligada con el derecho al recurso, con una clara trasgresión a la vigencia de las garantías del debido proceso como la pluralidad de instancias, porque la institución de la “condena del absuelto” faculta a los magistrados de la Sala Penal de Apelaciones la posibilidad de revocar la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado para luego condenarlo. La base normativa que ampara este instituto procesal se encuentra en los artículos 419°, inciso 2, y 425°, inciso 3, literal b, del Código Procesal Penal.

El único recurso habilitado para analizar y subsanar algún error incurrido por la instancia de mérito es el recurso extraordinario de casación, que es un recurso limitado, pues no existe un recurso adecuado para recurrir en todos sus extremos la sentencia condenatoria –problemática jurídico procesal y constitucional.

La presente tesis delimita la problemática, aborda las posibles soluciones y concluye que ante la falta de un recurso eficaz que garantice el derecho al recurso del condenado por primera vez en segunda instancia, y establece que si bien la “condena del absuelto” es legítima, debe habilitarse la posibilidad de su revisión –a través de un recurso excepcional o la creación de una instancia a nivel de la Corte Suprema de Justicia–, pero al no contar en nuestro ordenamiento jurídico con una alternativa procesal –recurso– que lo habilite, solo debe procederse con declarar nulo los fallos y ordenar un nuevo juzgamiento.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO REFERENTE A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL RECURSO

1. Antecedentes de la investigación

1.1. Tesis

a. DIÓMEDES HERNANDO, Espinola Otiniano “Efectos de la Condena del Absuelto en aplicación de los arts. 419 inc.2 y 425 inciso 3 literal b del Código Procesal Penal del 2004” En dicho trabajo de investigación se desarrolló la problemática consistente en la aplicación de los Artículos 419 inc. 2 y 425 inc. 3 literal b del Código Procesal Penal, el cual faculta al Juez Ad quem a reformular la sentencia absolutoria por una de sentencia condenatoria.

b. NÚÑEZ PÉREZ Fernando, “El derecho fundamental a recurrir integralmente el fallo condenatorio cuando el órgano judicial decida aplicar la institución procesal de la condena del absuelto conforme a lo previsto por la Corte Interamericana a través del Caso Mohamed vs. Argentina”. En dicha investigación, el autor reflexiona de las novedades que inserta el Código Procesal Penal del 2004, entre ellos la institución de la condena del absuelto, que se recoge en el artículo 419 inciso 2 y el artículo 425 incisos 3 literal b), los mismos que facultan ante una sentencia absolutoria emitida por el Juez Penal de Juzgamiento Unipersonal o Colegiado, la posibilidad de ser condenado por la Sala Penal Superior al resolver el recurso de apelación.

Asimismo, el citado autor, desarrolla uno de los casos emblemáticos cuya competencia es de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, que consiste en la sanción impuesta al Estado argentino, por cuanto no garantizó el derecho a cuestionar una sentencia condenatoria ya sea en única instancia, primera instancia o segunda instancia.

1.2. Artículos de investigación

a. PARIONA PASTRANA Josué, “La condena del absuelto”. Revista de Actualidad Penal N° 19, págs. (268 – 284). El autor antes de abordar la problemática de la condena del absuelto, desarrolla la génesis procesal penal, la legislación comparada, los medios impugnatorios, el derecho de la pluralidad de instancias, y finalmente aborda el tema en cuestión: la condena del absuelto, reflexionando en torno a la finalidad de dicha institución, en buscar que el proceso sea más eficaz y no se prolongue en el tiempo, asumiendo la posición que las resoluciones judiciales puedan ser revisadas por un órgano jerárquico a efecto de realizar un adecuado control de las garantías procesales sobre las decisiones adoptadas en primera instancia.

b. LOZA GUTIÉRREZ Rodrigo, “El derecho al recurso del condenado en segunda instancia”, Revista Alerta Informativa. Este autor señala que la legislación del Código de Procedimientos Penales de 1940, en el artículo 301° impide que el absuelto en primera instancia pueda ser condenado por el Iudex ad quem, dando la única posibilidad de la declaración de nulidad de la sentencia cuestionada y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral. Sin embargo, dicha posición del Código de Procedimientos Penales, es cambiada por el Código Procesal Penal del 2004, dando la facultad al Iudex Ad quem a reformular la sentencia de primera instancia y condenarlo.

c. JO VILLALOBOS Daniel Luis, “Comentarios a la Sentencia de la CIDH: caso Mohamed vs Argentina” El análisis de dicho artículo de investigación versa sobre la obligación que tiene el Juez nacional de someterse al Control de Convencionalidad, esto es, de aplicar las normas nacionales con la interpretación de normas internacionales, siendo que, si la norma nacional está en contra de los tratados internacionales, entonces se le exige al Juez nacional cumplir con la aplicación de las normas internacionales sobre las normas nacionales, por cuanto dicho Estado al formar parte y ratificar su compromiso con dichas normas internacionales, entonces está obligado a cumplirlas.

c. GONZALES ORBEGOSO Alexander, “La condena del absuelto en instancia única”, este trabajo es desarrollado a propósito del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Oscar Alberto Mohamed vs. Argentina; el cual tiene como objetivo determinar de qué manera la institución procesal de la condena del absuelto afecta el derecho a la doble instancia. De la misma forma analiza de qué manera la instancia plural del condenado por el Ad quem estaría garantizada por medio del recurso extraordinario de la casación penal.

e. SÁNCHEZ CÓRDOVA Juan Humberto, “La viabilidad de la aplicación de la condena del absuelto en la jurisprudencia”, revista Gaceta Penal & Procesal Penal. – N° 69 (Mar. 2015), el enfoque central del artículo es desarrollar los mecanismos viables de la institución procesal de la condena del absuelto, esto es, si la facultad del Iudex ad Quem vulnera el derecho fundamental de la persona humana (procesado) en estar sometido solo a interponer el recurso

de casación, puesto que el recurso de apelación ya fue agotado por el representante del Ministerio Público.

2. El derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son derechos primordiales de la persona en el ámbito del derecho procesal, ya que son derechos fundamentales que contienen un conjunto de garantías, entre ellos los principios y derechos procesales, que obtienen las partes en el proceso penal. Asimismo, según Cabrera (2016), el Proceso Penal es el medio arbitrado en el cual, el Estado ha previsto que se tramiten las causas penales, de tal forma que los conflictos sociales sean objeto de valoración judicial a partir de una serie de procedimientos y reglas que se encuentran normativamente estructuradas, los cuales se sujetan a la garantía de un debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (...).”

Para Cabrera (2016) citando a Bacigalupo, manifiesta que “existen una serie de instituciones específicas que permiten la tramitación de la realidad procesal a través del acceso a un proceso con todas las garantías; la ausencia de cualquiera de estas instituciones en la configuración legal, es decir de los órganos jurisdiccionales, origina la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías”.

En ese sentido, como manifiesta Cabrera (2016), la justicia penal no debe estar orientada únicamente a revestir al imputado de una serie de garantías, ya que el interés social es que se cumpla la ley y se persiga lo que la contraviene, es decir que no concretice la norma material, debido a que supondría vaciar de contenido material intereses jurídicos que también son merecedores de tutela y que se adscriben en el prototipo del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

Estos derechos los encontramos en nuestra Constitución Política, específicamente en el artículo 139 inciso 3, en donde se señala que los principios y derechos de la función jurisdiccional establecen la observancia al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Es por ello que Salas (2011) manifiesta que “la presencia de un juez instructor permitirá diseñar la intervención de un órgano imparcial para adoptar durante la investigación las medidas que pudieran suponer un menoscabo de los derechos del imputado, de tal modo que así se garantizase que tales medidas se ordenarán solo en cuanto resultaran indispensables”.

En ese contexto, las partes en el proceso penal intervienen con iguales posibilidades para ejercer tanto sus derechos como facultades, los mismos que se encuentran regulados en la Constitución Política y el Código Procesal Penal, es por ello que los jueces deben garantizar el principio de igualdad en el proceso (Sánchez, 2013).

3. Derecho al debido proceso

3.1. Aspectos generales

El derecho al debido proceso es un concepto que entra a tallar en el desarrollo progresivo de casi todos los derechos fundamentales. Así, según Rosas, este derecho se encontraba regulado en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991, donde indicaba que la justicia penal es gratuita, responsable y no tiene retardo, ya que se imparte con sujeción a las garantías del debido proceso. Esto fue reafirmado en el artículo I del Título Preliminar del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995, agregando que se administra por los órganos jurisdiccionales competentes en instancia plural con rapidez y equidad procesal; no obstante, no lo recogió el Código Procesal Penal del 2004 (Rosas, 2015). En consecuencia, este principio se encuentra tipificado de una

forma más genérica, sin perder su esencia y objetivos, pues es la matriz de casi todos los principios.

Por su parte, Peña (2016) manifiesta que “el Tribunal Constitucional (...) ha señalado sobre el concepto del “debido proceso” que es entendido como un principio de la jurisdicción que tiene la calidad de ser un “*continente*”, esto quiere decir, que este proceso posee un conjunto de derechos o sub principios que le dan contenido (...)”. De lo expuesto, podemos deducir que el debido proceso es un derecho que engloba garantías, principios y derechos procesales. En ese marco de ideas “el debido proceso legal ha sido concebido como búsqueda de justicia y de paz social. Para convivir humanamente en sociedad y para hacer posible el desarrollo social se ha proscrito la autotutela o autodefensa como forma violenta e individual para la preservación de los derechos conculcados (...)” (Rosas, 2015).

También cabe mencionar que el derecho al debido proceso en sentido abstracto se entiende como la posibilidad que tienen las partes de hacer uso del conjunto de facultades y garantías que el ordenamiento jurídico les otorga con el fin de proteger los derechos sustanciales dentro del proceso. En un moderno Estado de Derecho, el “debido proceso” es el derecho de todo ciudadano a ser parte de un proceso con todas las garantías. Es decir, a que reciba justicia a través de un proceso revestido de las mayores seguridades posibles en un determinado momento histórico (...) (Rosas, 2015).

3.2. El origen del debido proceso

Según Moreno (2005), el actual modelo de proceso penal surge de la Revolución francesa y hunde sus raíces en los postulados revolucionarios de la libertad del individuo y el respeto por la persona humana, y una de las primeras derivaciones, de acuerdo con las doctrinas de los enciclopedistas y de los iluministas, es situar al hombre en el centro del

procedimiento penal, de modo que el imputado pasa a ser el protagonista del mismo en vez de seguir representando el papel de mero objeto de la investigación (...). Así, “la idea de un debido proceso nace como evolución ideológica de la tradición liberal que se fue gestando con la revolución francesa, la lucha contra el absolutismo despótico y el poder omnímodo del príncipe, inculcando una nueva filosofía bajo la idea de la teoría de la justicia cuyo contenido parte de los derechos inherentes a la persona humana que, con el paso de los años, ha ido incorporando una serie de principios (...)” (Peña, 2016).

Estos principios fueron la base para crear y desarrollar este derecho para que el proceso sea llevado de manera correcta y transparente, y así poco a poco ir conceptualizando e implementando este derecho hasta llegar a denominarlo “como una cláusula de carácter general, residual o subsidiaria, integrando todas las garantías fijadas por la legislación ordinaria (orgánica y procesal), concordando con el fin de justicia del procedimiento. (San Martín, 2014).

En ese contexto, el debido proceso es una de las más importantes Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia, que permite el acceso irrestricto de todo ciudadano a los Tribunales de Justicia, con el fin de que se someta los derechos en disputa a la resolución del Órgano Jurisdiccional asistido con todas las garantías procesales. (Rosas, 2015).

El derecho al debido proceso se encuentra determinado en un proceso respetuoso de los principios de contradicho e igualdad de armas, Asimismo guía la acción un juez legal imparcial (San Martín, 2012).

3.3. El debido proceso en la jurisprudencia

El Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones ha señalado que el debido proceso forma parte esencial en el contenido de los derechos fundamentales. Sin embargo, “es muy poco lo que la jurisprudencia ha avanzado en esa materia, tanto más si su origen como tal procede del derecho anglosajón, con una tradición jurídica distinta a la euro-continental, lo que por cierto genera confusión e imprecisión científica (...)” (San Martín, 2014).

En lo que respecta a la jurisprudencia, el derecho al debido proceso comprende un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo. En ese sentido, Neyra (2015) manifiesta que la jurisprudencia ha definido al debido proceso como una suerte de recopilación de garantías individuales de tipo material o formal que tienen como fin lograr el equilibrio entre el particular y la entidad estatal al entrar en conflicto; el debido proceso es un derecho fundamental elevado al rango de norma constitucional que se constituye en el límite entre el derecho y la arbitrariedad en el campo de la administración de justicia.

En ese orden de ideas, Rosas (2015) menciona que “el Debido Proceso legal es una institución compleja que abarca diversos aspectos que han sido desarrollados a lo largo del tiempo por los distintos ordenamientos que la consagran en su jurisprudencia; no solo comprende aspectos procesales, que son los más evidentes, sino también a la materia sustantiva. En ese contexto la jurisprudencia de las Cortes Supremas de Estado Unidos y de Argentina, entre otras establecen que la resolución que se dicte en el proceso debe ser razonable, es decir, congruente con la controversia planteada” (Rosas, 2015).

En conclusión, como se ha dicho reiteradas veces, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho al debido proceso no solo tiene una dimensión en el ámbito judicial sino también administrativo tal como se muestra en el fundamento 2 del expediente 04289-2004-AA/TC: “(...) el debido proceso, como principio constitucional, se puede entender como el cumplimiento de las normas y garantías de orden público que son aplicables en todos los procedimientos y casos, como los administrativos, teniendo como objetivo de que las personas se encuentren en la condición de defender cada uno de sus derechos ante cualquier afectación por los actos del Estado.”

4. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

4.1. Aspectos generales

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el poder con el que cuenta cada individuo para exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional. Según Sánchez aparece como sustento jurídico en el Pacto de Nueva York refiriendo que toda persona a la que se le vulnera sus derechos y libertades inscritos en dicho pacto podrá interponer un recurso efectivo, no obstante, tiempo atrás en la Declaración Universal de Derechos Humanos se consagraba que toda persona tiene derecho a ser escuchada por un tribunal imparcial ya sea para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. (Neyra, 2015).

Además, Salas nos indica que “la declaración americana de los derechos y deberes del hombre, en su artículo XVIII nos expone que toda persona puede acceder a los tribunales para hacer valer sus derechos. De igual manera debe tener un proceso sencillo y breve por el cual la justicia lo proteja contra actos de autoridad que violen alguno de sus derechos fundamentales consagrados en la constitución.” (Salas, 2011) Entendemos así, que la

tutela jurisdiccional efectiva no es un derecho reconocido a nivel nacional sino también a nivel internacional.

Asimismo, Salas (2011) menciona que “La jurisdicción, como potestad del Estado de ejercer la función de administrar justicia, es una, y se ejerce a través de los funcionarios del órgano judicial a quienes se encomienda el conocimiento de determinados asuntos, según su naturaleza o importancia para mantener la armonía y la paz social (...)”.

Por otro lado, sobre el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales debemos mencionar que los tribunales en el proceso penal son sujetos de decisión, independientes del Poder Ejecutivo y del Legislativo tal como se establece en el artículo 139 de la Constitución, Asimismo, son independientes de la organización de justicia entendida en el sentido administrativo, ya que tienen la función de decidir acerca del objeto del proceso en el marco de los derechos y deberes que les asigna la relación procesal (Salas, 2011).

Sobre el derecho a usar los recursos legalmente provistos, este derecho se encuentra en el Artículo 139 de la Constitución, en el cual se establecen las garantías del ciudadano en un proceso judicial, una de esas garantías es la tutela jurisdiccional efectiva que de no cumplirse uno, afectaría la garantía misma y el proceso que se esté llevando a cabo.

4.2. Manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional

4.2.1. Derecho de acceso a la justicia

Este derecho es un principio básico del Estado de derecho y se encuentra dentro de la tutela jurisdiccional efectiva. Al respecto Neyra (2015) señala que la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de índole procesal por la cual las personas pueden acceder a los órganos jurisdiccionales, con independencia del tipo de pretensión que se formule y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio.

El derecho a la justicia fue integrado dentro del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como enuncia San Martín (2014) “El Tribunal Constitucional identifica el derecho a la tutela jurisdiccional con el derecho de acceso a la justicia. Esta afirmación, significaría el derecho a que se dicte una resolución en derecho, siempre que se cumplan los presupuestos o requisitos procesales para ello.” De esta manera se entiende que es responsabilidad del Estado garantizar el acceso a la justicia con todos sus habitantes para lograr la correcta tutela jurisdiccional.

Para Rosas (2015) el acceso a la justicia, comprende la posibilidad formal de poder recurrir a los órganos que la administran, Asimismo de que se desarrollen las garantías procesales que posibiliten que durante todo el proceso se escuchen a las partes para que se evalúen sus argumentos y alegatos y sean tramitados de acuerdo con la ley.

Es importante manifestar, que el derecho a la tutela judicial efectiva permite el acceso a la jurisdicción, Asimismo el acceso a la jurisdicción constitucional, a efectos de que ninguna autoridad o funcionario pueda poner más obstáculos que los previstos en la legislación que regula los procesos constitucionales (Salas, 2011).

En conclusión, el derecho de acceso a la justicia es el derecho que todas las personas tienen de ser oídas por el órgano jurisdiccional; este acceso debe manifestarse con la posibilidad de formular peticiones concretas (impugnaciones, alegatos, oposiciones entre otros) con el objetivo de que la justicia actúe en defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas. (San Martín, 2014).

4.2.2. Derecho a obtener una resolución fundada en derecho

Este derecho se refiere a que una resolución debe estar motivada, es decir, que tenga un nexo lógico entre la decisión y la argumentación. En ese sentido, el derecho a la tutela

judicial se funda en el derecho que tiene toda persona a obtener una resolución fundada en el derecho. Es importante manifestar que la decisión misma pueda ser denegatoria siempre que se de en circunstancias arbitrarias. (San Martín, 2014).

Para Neyra (2015), el ordenamiento reconoce el derecho al acceso a la jurisdicción para todo justiciable como una manifestación de la tutela judicial efectiva, lo que no implica que los órganos jurisdiccionales se encuentren en la obligación de resolver la pretensión formulada a su favor, sino que tiene la obligación de acogerla y brindarle una sensata y razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad.

En ese contexto, San Martín (2014), manifiesta que la motivación de las resoluciones judiciales es consagrada en el artículo 139°.5 de nuestra Constitución como una garantía específica al punto que la jurisprudencia ha estipulado que su vulneración es causal de nulidad. La Corte Suprema ha establecido que todas las resoluciones judiciales deben ser motivadas en todas las instancias con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustenta.

5. Derecho a los recursos legalmente previstos

Al hablar del derecho a usar los recursos legalmente previstos, nos referimos al derecho que tienen las personas de atacar una resolución, de tal forma que se constituye en uno de los derechos más importantes ya que se constituye como una de las principales garantías frente al arbitrio judicial. En ese sentido, el ciudadano tiene el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una decisión o sentencia debidamente motivada y amparada en el debido proceso con el fin de que no se le prive de los recursos preestablecidos por el ordenamiento jurídico. (Neyra, 2015).

Finalmente, Rosas (2015), manifiesta que la persona jurídica tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanar de las garantías de defensa procesal, derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación y de tutela jurisdiccional, en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos.

6. Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales

El Derecho a la ejecución de lo resuelto se rige bajo el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales, lo cual se convierte en un derecho subjetivo del justiciable que impide que los Jueces y Tribunales puedan variar sus resoluciones previstos en la ley.

En ese contexto, Neyra (2015), establece que el derecho a la tutela judicial efectiva implica que se cumpla lo declarado por el órgano jurisdiccional, es decir que lo que se ha decidido judicialmente mediante una sentencia sea cumplido.

Como se puede apreciar, el derecho a la ejecución pone fin a la tutela judicial, es decir que las resoluciones judiciales no son meras declaraciones de intenciones, sino que deben ejecutarse obligatoriamente; en aquellos casos que no se cumpla voluntariamente, inclusive deben cumplirse de modo coactivo. (San Martín, 2014).

La Corte Suprema indica que todas las resoluciones judiciales deben estar motivadas en todas las instancias, siendo la excepción los decretos de mero trámite. Es así que el artículo 142° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que, si el fallo es conforme con el dictamen fiscal, los fundamentos de este se consideran como su motivación, con respecto al dictamen fiscal, este debe estar explicado plena y coherentemente, de lo

contrario no se considera motivación suficiente para que la resolución se sustente (San Martín, 2014).

7. La jurisprudencia de la tutela jurisdiccional en el derecho comparado

Dentro de las diferentes legislaciones que existen en el mundo, una de las más distintas a la nuestra es la norteamericana tal como se puede apreciar en el Asunto Green vs. Estados Unidos en donde se establece que una persona no puede volver a ser enjuiciado por una acusación original que ya haya ganado cuando impugna con éxito, una condena por un delito menor (San Martín, 2014).

Asimismo, otro caso emblemático es el que se dio en Argentina en 1968 en el Asunto “Mattei” reiterado en el “Asunto Polak” (SSCJN, de 15 de octubre de 1998) en donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación argentina impuso limitar concretos a la facultad del Tribunal de decretar nulidades en el marco de un proceso penal, sobre todo si esas nulidades implican retrotraer el procedimiento a etapas ya cumplidas del mismo, limitar fundamentados concurrentemente en dos derechos fundamentales: plazo razonable y *ne bis in ídem*. (San Martín, 2014).

En ese contexto, desde la antigüedad se ha reconocido con éxito el fundamento de los recursos en el reconocimiento de la falibilidad humana; visto en la actualidad se puede entender como el cierre al ciudadano la posibilidad de interponer un recurso rodeándolo de obstáculos indebidos o desproporcionados. Benavente, Aylas y Benavente, 2010).

8. La tutela jurisdiccional en el derecho comparado

En este punto, procederemos a analizar la tutela jurisdiccional efectiva desde el Derecho comparado, tanto desde la legislación española como desde la legislación peruana. Según Díez-Picazo (2007) estas dos legislaciones presentan muchas similitudes, ya que en

ambas legislaciones se establece que el derecho a obtener Tutela Jurisdiccional Efectiva es el derecho que posee toda persona de recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que se le imparta justicia.

En el sistema legislativo de Argentina “en el ámbito procesal penal existen normas específicas que en último término atienden a las funciones y fines de dicha estructura normativa, considerando las características del proceso como exigencia constitucional previa a cualquier uso del poder penal estatal, y las garantías del imputado y la víctima u otros sujetos habilitados para requerir tutela jurisdiccional ante la ocurrencia de un hecho que pueda calificarse de delito conforme a las normas sustantivas” (Cauchen, 2012).

Maier (2004) manifiesta que algunos juristas creen que el artículo 2° de la Convención americana en donde se manifiesta que cuando los derechos y las libertades reconocidos en ella no estuvieran ya garantizados son los Estados quienes deberán adoptar las medidas legislativas necesarias para hacerlos efectivos de tal forma que los derechos no son inmediatamente ejercitables, sino dependientes del reconocimiento legislativo que de ellos haga el ordenamiento interno. Si bien desde el punto de vista del derecho nacional se sostiene la necesidad de que ciertos derechos sean reglamentados para lograr su efectiva tutela jurídica.

En la legislación española “se permite que los órganos jurisdiccionales puedan situarse en un lugar próximo al ciudadano, y en número suficiente (o al menos tendencialmente suficiente) para hacer viable el acceso a la justicia y salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva y los derechos procesales que reconoce el art. 24°.2 CE (al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa, a la asistencia de abogado o a la información de la acusación formulada)”. (Moreno y Cortez, 2005).

CAPÍTULO II

LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS EN EL SISTEMA PROCESAL

1. Conceptos generales

El derecho a la impugnación posee un marco constitucional, pues se sustenta en el principio de la tutela jurisdiccional y el debido proceso, pero especialmente el principio pluralidad de instancia, conforme se precisa en los numerales 3 y 6 del artículo 139° de nuestra Constitución Política, respectivamente; por lo tanto, obedece a un imperativo de orden constitucional la existencia del sistema de medios impugnación en la legislación ordinaria, que a su vez está reconocido por la Ley Orgánica del Poder Judicial en el artículo 11 y en la legislación internacional de la cual el Estado forma parte, entre ellos, los Pactos Internacionales en materia de derechos fundamentales como la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto de San José que establece como garantía judicial el derecho de “recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior”, –artículo 8.2., literal h– y el y el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos –en su artículo 14.5– (Sánchez, 2009).

Así, “las impugnaciones se dirigen atacar las resoluciones judiciales con las que los litigantes no están conformes” (Ore, 2004), y persiguen un nuevo examen del asunto ya resuelto ante un organismo judicial de categoría superior al que ha dictado la resolución que se impugna (Prieto-Castro, 1947). En ese sentido, el derecho a recurrir constituye una categoría autónoma de acción, distinta de la que dio lugar al proceso en cuyo seno se ejercita, o si por el contrario se trata de una nueva fase dentro del mismo proceso (Piñol, 2010).

Ahora bien, es la posibilidad de cuestionar una resolución, o más bien, es el derecho que le asiste al justiciable inconforme, y el recurso es el medio de hacer valer ese derecho,

por el cual este se considera agraviado con una resolución judicial que estima injusta o ilegal, atacándola para provocar su revocatoria o eliminación, para someterlo a un nuevo examen y obtener un pronunciamiento favorable a sus expectativas (Rosas, 2009); por tanto, “la impugnación tal como está regulada en la normatividad nacional, como supranacional, es un acto procesal de parte de quien se siente perjudicado por una concreta resolución judicial, ya sea por su ilegalidad o por su injusticia, pretendiendo su nulidad o rescisión o su sustitución o reforma” (Cáceres, 2009).

En suma, el habitual lenguaje utilizado por los códigos y leyes que regulan los procedimientos judiciales y administrativos, se acepta únicamente mencionar como recurso a todo medio impugnativo; y, así, se habla de recurso de apelación, de recurso de nulidad, de recurso de revocatoria, de recurso de casación, de recurso de aclaratoria, de recurso jerárquico, etcétera. Advirtiéndose que, si se compara cada uno de los recursos citados con todos los demás, se advierte con facilidad que son esencialmente diferentes, entendiéndose por la palabra recurso como de recurrar, es decir, volver a cursar –transitar por– los pasos del trámite de un proceso (Alvarado, sf).

2. Fundamento

El fundamento de los medios de impugnación se sustenta en la *falibilidad de la decisión del todo ser humano* en su círculo o cualquier aspecto de la vida en sociedad. En ese sentido, el ser humano siempre esta propenso a equivocarse o cometer un error. Empero, asimismo, es posible –por depender de la voluntad humana– la corrección de la decisión o decisiones erradas (Llamoca, sf). Por otro lado, también se considera que como los jueces pueden errar al aplicar o interpretar la ley -procesal o material- es conveniente que las partes tengan la posibilidad de solicitar, en el propio proceso, que la resolución dictada sea modificada, bien por el mismo órgano jurisdiccional que la dictó –para las resoluciones más simple- bien por un órgano superior –normalmente más experimentado,

y en actuación generalmente colegiada, como garantía de una mayor ponderación para los supuestos de resoluciones más complejas y en asuntos más graves (Hinojosa, sf).

Asimismo, Peña (2009) manifiesta que su fundamento se encuentra en la falibilidad de los órganos jurisdiccionales, debido a que existe una imperiosa necesidad de corregir a los seres humanos ante cualquier. “Dicho más claramente, no basta que quien intente el recurso se considere perjudicado por una determinada resolución para que se le otorgue el poder de recurrir. A la discrepancia con la resolución que se impugna se le agrega, tradicionalmente, la existencia de un perjuicio efectivo como presupuesto de la facultad” (Guariglia, 1999). Por ello en la administración de justicia esto, se puede considerar como trascendental, debido a que se está afectando y limitando derechos fundamentales, tales como el honor, la libertad, la dignidad, entre otros.

3. Principios de los recursos impugnatorios

Con lo señalado precedentemente, es preciso que se analice cada uno de los principios que rigen nuestro sistema impugnatorio y son la base para resolver las situaciones particulares que se presenten, sobre todo cuando se observan vacíos en la legislación ordinarias (Ore, 2010).

3.1. Principio de legalidad

Este principio implica que los recursos deben estar predeterminados por la ley. El Código Procesal Penal, en su artículo 404, inciso 1, prescribe lo siguiente: *Las resoluciones judiciales serán impugnables solo en los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley.* Según Sánchez (2009), cuando corresponden interponer un determinado recurso, generalmente no se admite otro (principio de singularidad del recurso). Asimismo, “los medios impugnatorios deben estar determinados por la ley; cuando corresponden uno normalmente no se admite otro (tal como lo expresa el principio de

singularidad del recurso). Ore (2010) manifiesta que cuando la propia ley establece un tipo de recurso para un tipo de resolución (principio de adecuación). Esto no puede modificarse ni por orden de partes, ni por resolución judicial”. Así, solo puede interponerse los recursos expresamente previsto en la ley, principio que es reconocido por el Código Adjetivo: “las resoluciones judiciales son impugnables solo por los medios y los casos expresamente establecidas por la Ley y Ética” (Rosas, 2013).

3.2. Principio de trascendencia

Sólo se puede interponer el recurso impugnatorio cuando la parte se encuentre legitimada, es decir por la parte procesal legalmente facultada, que resulte agraviada con la resolución recurrida, y que tenga interés directo. Asimismo, nuestra normativa procesal penal establece que el Ministerio Público puede recurrir, inclusive a favor del imputado (Artículo 405°.1, a. del CPP), como garante de la legalidad. Además, el acto procesal de parte constituye un requisito subjetivo de admisibilidad de todo recurso, pues contiene el interés de quien lo plantea. En ese sentido, De Santo (1999) establece que se “determina este interés la existencia de un perjuicio, es decir un gravamen que resulta de un pronunciamiento que afecta directamente al recurrente y que consiste comúnmente entre de la disconformidad de lo que solicita y lo que se resuelve”. Asimismo, “según este principio, el recurso solo se puede interponer cuando exista una efectiva agravación de una de las partes. En tal sentido, tal afectación debe nacer de actos procesales o resoluciones jurídicamente perjudiciales” (Ore, 2010).

Según Rosas (2013), “es necesario para poder interponer un recurso, que exista un sujeto legítimo que pueda hacerlo y que además haya sufrido un perjuicio o agravio, con la resolución que es materia de impugnación. Esto lo podemos encontrar en el inciso

primero del artículo 405 del Código Procesal Penal, es su literal a) el cual señala “que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución (...)”.

3.3. Principio dispositivo

Este principio precisa que los recursos sólo pueden ser formulados por los sujetos procesales que se encuentren legitimados, en tal sentido, la revisión de la resolución judicial tendrá como límite la pretensión del recurrente. El principio de congruencia recursal, constituye una derivación de este principio, en razón del cual, el Órgano superior sólo se puede pronunciar con respuesta, a lo que es objeto o materia de impugnación. En ese sentido, el Código establece que el Tribunal revisor tiene competencia para resolver la materia impugnada. A ese punto el código concede, al órgano revisor, la potestad de que se declare nulo en el caso de nulidades (absolutas o sustanciales) que no hayan sido advertidas por el impugnante, conforme señala el 409, inciso 1, del CPP (Sánchez, 2009).

Es de destacar que este principio se manifiesta como un elemento propio dentro de los presupuestos subjetivos de cualquier recurso. Esto significa que los recursos solo pueden ser planteados o incoados como un mecanismo para el ejercicio del derecho de impugnación por sujetos legitimados dentro del proceso, de donde resulta que el reexamen en una resolución judicial solo tendrá en la medida que alguno de los sujetos procesales haya interpuesto su respectivo recurso, por ello es que la llamada consulta no es por naturaleza un medio impugnatorio, siendo por ende también discutibles los llamados recursos de oficio (Rosas, 2013).

El reexamen de la cuestión litigiosa se hace realidad a instancia de la parte que se considera agraviada por la decisión, por tanto, es ella la que delimita el ámbito de conocimiento del Tribunal *ad quem* respecto del objeto procesal de la instancia, ocasión en que sí entra en consideración la regla del *tantum devolutum quantum appellatum*, en

virtud de la cual el tribunal superior debe reducir los límites de su resolución a las únicas cuestiones promovidas en el recurso (San Martín, 2006).

3.4. Principio de prohibición de reforma en peor

Para Fernech (1952), la prohibición de la *reformatio in peius* se basa, más que en razones de índole jurídica -ya que en este sentido sólo pudiera alegarse el hecho de que el Juez o Tribunal *ad quem* dispone normalmente de menos fuentes de conocimiento que el Juez o Tribunal *a quo*, por no ser tan inmediato dicho conocimiento como el de éste-, en razones de política criminal, y debe conservarse en virtud de principios de justicia y equidad. Asimismo, la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo han recurrido el acusado o la Fiscalía a su favor (Roxin, sf).

El Código regula el principio de prohibición de reforma en peor en su artículo 409 inciso 3 de la siguiente forma “(...) La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio” (artículo 409.3). De acuerdo con este principio “prohibición de *reformatio in peius*” está prohibido que el órgano que revisa el caso llegue a agravar aún más la situación del imputado, cuando se considere como único recurrente, debido a que un fiscal consintió la resolución quedando prohibido reformar para empeorar la situación del imputado. En el caso que impugnen tanto el imputado como el representante del Ministerio Público se puede re-examinar la sentencia en ambos sentidos: a favor o en contra del imputado. Asimismo, cuando el representante del Ministerio Público sea el único recurrente se permite al Juez, revocar o modificar la resolución, aun a favor del imputado (Sánchez, 2009). Así, “de acuerdo con este principio, se prohíbe que la instancia revisora de la resolución agrave la pena cuando el acusado sea el único que impugna” (Ore, 2010).

3.5. Principio de instancia plural

El artículo 139 inciso 6 de nuestra Constitución Política, precisa a la instancia plural como principio y derecho de la función jurisdiccional, - también se reconoce en el artículo 14 inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 inciso 2.h de la Convención Americana, de la cual nuestra constitución forma parte, se consagra el derecho que poseen todos los procesados a acceder a un recurso que permita que la sentencia condenatoria impuesta se revise en una instancia superior. Para Maier (sf), la impugnación de la sentencia judicial debe concebirse como una garantía procesal del condenado quien tiene derecho a que su sentencia sea reexaminada por un órgano jurisdiccional superior.

La existencia de la impugnación, entonces, no sólo obedece a razones de política legislativa, sino responde a imperativos constitucionales debido a que es contenido de un derecho fundamental y que, se encuentra implícitamente lo estaría en el artículo 139 inciso 3, y explícitamente en el artículo 139 inciso 6 de la Ley Fundamental que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional (San Martín, 2006). En ese sentido, el derecho a la pluralidad de instancia, cuya naturaleza es estrictamente procesal, es un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso y a cualquier título o condición, para que se subsane los errores del juez, que le causan gravamen o perjuicio a las partes procesales recurrentes.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional (2002) en su Expediente N° 1231-2002-HC de 21 de junio de 2002 ha sostenido que “(...) derecho a los recursos forma parte, así, del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no sólo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia”.

3.6. Principio de inmediación

Para Millar (1945), el principio de inmediación exige la relación directa del juez con las partes y los elementos de prueba que él debe valorar para formar su convicción. Cuando existe un intermediario, como ocurre en el proceso escrito, la convicción del juez se forma bajo influjos de comunicación preparada por un tercero, lo que puede traducirse en aumento del margen de error en el entendimiento. La inmediación revierte algunas características típicas del principio, como lo son; la presencia física del juez, la recepción de alegatos y pruebas durante la audiencia, el juez que falla es quien ha presenciado la audiencia, entre otras no menos importantes.

Para Rosas (2015) “el principio de inmediación, consecuencia lógica del principio de la oralidad, es otra de las garantías procesales más importantes del juicio oral, según el cual, la actividad probatoria ha de transcurrir ante la intervención del órgano jurisdiccional encargado de emitir el respectivo fallo, esto es, se materializa la presencia física de los sujetos procesales en que se van a ver”.

En ese sentido, nuestro Código Procesal Penal en sus artículos 422 y 424 establece la posibilidad de actuación de los medios probatorios en presencia del tribunal revisor; y, precisando la posibilidad de citar a los testigos, incluyendo a los agraviados, que ya declararon en primera instancia, medios probatorios que obviamente serán actuados de acuerdo a las reglas establecidas en los artículos citados; lo que finalmente permite al órgano jurisdiccional de reexamen aplicar el principio de inmediación.

Es por ello que “no es idóneo un recurso resuelto solo sobre la base de materiales y elementos correspondientes a la primera instancia, por tal motivo, consideramos que, de acuerdo al principio de inmediación, se debe dar mayor amplitud a la posibilidad de que el Colegiado de segunda instancia aprecie las piezas procesales” (Ore, 2004).

Asimismo, el principio de inmediación impide que la prueba testimonial pueda ser valorada nuevamente y esto constituye un obstáculo insalvable para modificar la sentencia condenatoria recurrida. En ese sentido, las audiencias consideran que el recurso de apelación es limitado cuando se refiere a sentencias condenatorias las cuales han de ser respetadas cuando estas se fundamentan en una prueba testimonial de cargo que el juzgador de primera instancia ha visto y oído de manera personal e inmediata, y cuya valoración es privilegio exclusivo de dicho juzgador que el tribunal de apelación ha de respetar” (Climent, 2005).

4. Presupuestos del recurso de impugnación

Los presupuestos del recurso de impugnación se encuentran supeditados a la admisibilidad y la fundabilidad; puede decirse que un recurso es admisible cuando posibilita el examen de los agravios invocados por el recurrente y, por consiguiente, la emisión de un pronunciamiento acerca del fondo o mérito de las cuestiones sobre lo que versan; y es, en cambio, fundado, cuando en virtud de su contenido sustancial, resulta apropiado para la obtención de una resolución que, por vía de reforma, modificación, ampliación o anulación, sustituya a la impugnada. De ello se sigue que el examen de los requisitos de admisibilidad —únicos que interesan a los fines de esta distinción preliminar— debe comportar una operación necesariamente previa respecto al examen de fundabilidad o estimabilidad, y que un juicio negativo sobre la concurrencia de cualquiera de los primeros descarta, sin más, la necesidad de una decisión relativa al mérito del recurso (Guarner, 1998). Así, la impugnación está sometida a ciertos presupuestos de carácter subjetivo y objetivo.

4.1. Presupuestos subjetivos

4.1.1. El agravio

Es un Gravamen o interés directo mediante el cual se exige que la resolución cuestionada cause lesión al interés del impugnante, conforme el artículo 405.1.a del Código Procesal Penal. El gravamen es cualquier diferencia en perjuicio entre lo pretendido o lo admitido y reconocido previamente por la parte y lo concedido por la resolución, y que para estos efectos el perjuicio proviene de la parte dispositiva de la resolución y no de sus fundamentos (Cubas, sf). Asimismo, Couture (2005) al respecto señala que es la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral. Así, el litigante a quien la resolución perjudica acude al superior para expresar agravios.

Pero al lado de los agravios hallamos el gravamen, de modo que el gravamen es el perjuicio que causa una resolución, perjuicio que fundamenta la admisión del recurso. Por ello quien vence en el pleito, salvo casos excepcionales, no puede recurrir Couture (2005).

4.1.2. El carácter de parte

La impugnación está reservada a las partes (artículo 405.1.b del Código Adjetivo) porque son ellas las que pueden resultar agraviadas o lesionadas con la decisión judicial. Para Cubas (sf) es posible aceptar legitimación a quienes sin ser partes puedan ser afectadas indirectamente por una resolución judicial, como los intervinientes accesorios, el afectado con una medida de embargo, el testigo afectado con un impedimento de salida. Sobre lo expuesto es necesario puntualizar lo siguiente: i) El Ministerio Público por su calidad de órgano promotor de la justicia puede impugnar inclusive a favor del imputado (artículo 405.1.a Código Adjetivo) entendiéndose que como defensor de la legalidad una afectación al ordenamiento jurídico lo afecta directamente; el abogado defensor tiene personería para impugnar en nombre del imputado o de su defendido, en el que incluye

al actor civil y al responsable civil (artículo 404.3 del Código Adjetivo); y que el derecho de recurrir corresponde solo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos (artículo 404.2 del Código Adjetivo).

4.2. Presupuestos objetivos

4.2.1. [En] el acto impugnatorio

Las resoluciones judiciales son impugnables solo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley. Así tenemos que:

- a) Recurso de reposición procede contra los decretos.

- b) El recurso de apelación procede contra las sentencias, los autos de sobreseimiento y las resoluciones que expresamente dispone el Código Procesal Penal.

- c) El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

- d) Recurso de queja de derecho procede contra la resolución del juez que declara inadmisibile el recurso de apelación y contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisibile el recurso de casación (Cubas, sf).

4.2.2. [En] cuanto a las formalidades.

La impugnación está sujeta a diversas formalidades, el artículo 404 inciso 1 del Código Procesal Penal precisa que las resoluciones judiciales son impugnables solo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emita la resolución recurrida, por escrito y en el plazo previsto por la ley. También puede ser oral cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de una audiencia.

En cuanto a los plazos el artículo 414 del Código Procesal Penal establece lo siguiente:

- a) Diez días para el recurso de casación
- b) Cinco días para el recurso de apelación contra sentencias
- c) Tres días para el recurso de apelación contra autos interlocutorios y el recurso de queja
- d) Dos días para el recurso de reposición

La impugnación tiene que expresar los motivos o fundamentos, el artículo 405.1.c del Código Adjetivo, establece que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta. Además, se limita el conocimiento del Tribunal revisor a los puntos a que se refieren los motivos del recurso y en segundo lugar impide modificar la resolución en perjuicio del imputado si el recurso solo ha sido interpuesto por el, pero si la impugnación la formula el Ministerio Público, se podrá revocar o modificar la resolución aun a favor del imputado, conforme al artículo 409 del Código Procesal Penal (Cubas, sf).

5. Efectos de los recursos

Los efectos que propiamente puede desencadenar la admisión de todo recurso son realmente tres: a) En primer lugar, impedir que la resolución impugnada adquiera la autoridad de cosa juzgada, es decir, que devenga inmutable o irreformable. b) En segundo lugar, la admisión del recurso crea la expectativa de reforma o anulación de la resolución impugnada y una nueva posibilidad de resolver sobre lo ya resuelto. Si el órgano que ha de resolver es de grado superior al que dictó la resolución (es decir, se trata de un recurso devolutivo), se habla de efecto devolutivo. c) Los anteriores efectos se producen

necesariamente con la pura admisión de cualquier recurso. Cabe, sin embargo, que en ciertos supuestos, la admisión del recurso comporte también la prohibición de llevar a efecto lo resuelto. Se trata del denominado efecto suspensivo (Armenta, 2007).

Para Sánchez (2009), los recursos en materia penal, pueden producir los siguientes efectos: **devolutivo, suspensivo, diferido, y extensivo**.

5.1. Efecto devolutivo

“Implica que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano judicial superior (*A quem*), de aquel que dictó la resolución impugnada (*A quo*). Todos los recursos en materia penal poseen este efecto a excepción del recurso de reposición” (Sánchez, 2009). Además, “Cuando la tramitación y resolución del recurso correspondiente al órgano judicial superior al que dictó la resolución impugnada. El efecto devolutivo responde a una designación de origen histórico, que consiste en desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación, la entrega de la jurisdicción al superior. Mediante este efecto se atribuye la competencia funcional para resolver al órgano *ad quem* y, por tanto, produce la pérdida de la jurisdicción del órgano a quo sobre el punto objeto de la impugnación. El único recurso no devolutivo es el de reposición porque lo resuelve el mismo juez que emitió la resolución cuestionada.” (Rosas, 2015).

Como manifiesta Fierro (sf) “se piensa que el concepto devolutivo se debe a la idea que encierra la palabra devolución en el sentido de hacer lo que diga la segunda instancia cuando devuelva el expediente. Y resulta que ello no es así”.

Pues, “cuando la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano judicial superior al que dictó la resolución impugnada, El efecto devolutivo responde a una designación de origen histórico, que consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por

el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación, la entrega de la jurisdicción al superior. Mediante este efecto se atribuye la competencia funcional para resolver al órgano *Ad quem* y, por tanto, produce la pérdida de la jurisdicción del órgano *A quo* sobre el punto objeto de la impugnación. El único recurso no devolutivo es el de reposición porque lo resuelve el mismo juez que emitió la resolución cuestionada” (Rosas, 2013).

5.2. Efecto suspensivo

Para Sánchez (2009), “significa la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial cuando el recurso es admitido. Es el impedir la vigencia del acto del juez *A quem* y por tanto su cumplimiento. El artículo 412 del Código Procesal Penal, regula el efecto no suspensivo de los recursos, señalando que “Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente”. También refiere que las impugnaciones contra sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado, no podrán tener efecto suspensivo.”

Así, “cuando existen la imposibilidad de ejecutar de inmediato la resolución judicial expedida, siempre y cuando el recurso es admitido en ambos efectos. Se suspende su ejecución en tanto se resuelva definitivamente” (Rosas, 2015). El problema del efecto suspensivo debe estudiarse desde otra perspectiva, esto es, en su directa incidencia con los derechos a la libertad, la presunción de inocencia y sus manifestaciones y, por el contrario, con el derecho del Estado a asegurarse, dentro de los límites legales, la ejecución posible tras el recurso” (Cortez, 2005).

A su vez, “el efecto suspensivo trae como resultado, para la competencia. Como resultado de la interposición del recurso de apelación para los casos en que se otorga de manera suspensiva, se presenta, con respecto a la competencia, dos situaciones: una para el funcionamiento de primera instancia, y otra, para el de segunda instancia. Para el

funcionario de primera instancia causa la pérdida de la competencia, desde el instante mismo en que la dispensa el recurso, hasta el momento en que el expediente regrese del superior jerárquico. Para Fierro (sf), como el de primera instancia pierde la competencia, entonces, para la segunda instancia obra la asunción de la competencia, y la adquiere desde el momento en que se concedió el recurso hasta que este es resuelto por aquel, y devuelve el expediente al inferior”.

5.3. Efecto extensivo

Este efecto “alude a que la interposición, de un recurso por uno de los procesados, favorece o se extiende a todos los que se encuentran en la misma situación, aun cuando no hayan recurrido; cabe resaltar que sólo tendrá este efecto las decisiones que favorezcan al imputado. El artículo 408 del Código Adjetivo regula este efecto y lo extiende al caso del tercero civil, ya que regula lo siguiente: a) cuando haya pluralidad de imputados, la impugnación de uno de ellos favorece a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales; b) la impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil; c) la impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.” (Sánchez, 2013).

También “significa que la interposición de un recurso por uno de los procesados favorece o se extiende a otros que se encuentran en la misma situación aun cuando no lo hayan cuestionado. Existe un criterio de favorabilidad. Por imperio de la prohibición de la reforma *in peius* no se extiende los efectos que sean desfavorables al no recurrente. Este efecto extensivo o comunicante es una excepción al principio de la personalidad de la impugnación justificada por razones que en el proceso penal se discuten intereses de carácter público” (Sánchez, 2013).

5.4. Efecto diferido

Para Sánchez (2013) este efecto “procede cuando hay pluralidad de imputados o de delitos, en caso que se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de otros. En tal supuesto si se presenta una impugnación y es concedida, la remisión de los autos al órgano revisor se producirá cuando se dicte la sentencia que ponga fin a la instancia a excepción de aquellos casos en que se ocasione grave perjuicio a alguna de las partes (artículo 410 del Código Adjetivo) la parte perjudicada puede interponer recurso de queja, en la forma prescrita por ley”.

6. Características de los recursos

[El] Código Adjetivo exige las siguientes formalidades:

- a.** Se interpone por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y legitimidad; por escrito y dentro de los plazos previstos por ley; también se puede interponer oralmente cuando se trata de resoluciones dictadas en una audiencia judicial, (artículo 405.1 del Código Adjetivo), pero si se interpone oralmente contra resoluciones finales, se formalizará por escrito en el plazo de 5 días (artículo 405.2 del Código Adjetivo).
- b.** El recurso impugnatorio debe de precisar los puntos de la resolución que le afecten o le causen agravio, expresar los fundamentos de hecho y derecho y concluir formulando la pretensión concreta.
- c.** El juez se pronunciará sobre la admisión del recurso, notificará a las partes y elevará inmediatamente lo actuado al juez inmediato superior (excepto del recurso de reposición).
- d.** El juez que conoce de la impugnación podrá, de oficio, controlar la admisibilidad del recurso y anular el concesorio, cuando no se cumplan con los requisitos preestablecidos.

- e. En el caso que el Tribunal revisor advierta errores de derecho que no hayan influido en la parte resolutive de la resolución impugnada, no se anularán y serán corregidas. Procediéndose de igual forma cuando se trate de errores materiales en la denominación o en el cómputo de penas.
- f. Se prevén los siguientes plazos: dos días para la reposición, cinco días para la apelación de sentencia, tres días para la apelación contra autos y para el recurso de queja y diez días para la casación (artículo. 414 del Código Adjetivo). (Sánchez, 2013).

Así, “los recursos son los instrumentos o instrumento o instituto procesales de impugnación de resoluciones no firmes. La parte con gravamen, es decir, perjudicada por una resolución, puede tener el derecho procesal consistente en mostrarse disconforme con ella y, a la vez, pretender que sea revocada, con distintas consecuencias ulteriores, según las distintas clases y fundamentos de los recursos. Conforme a lo ya manifestado líneas antes, cuando nos referimos a la parte agraviada, debe entenderse como aquella legitimada para recurrir una resolución, es decir que no es suficiente que aquella sea parte, sino que la resolución recurrible cause agravio, y por ello es que la ataca, para producir su eliminación o un nuevo examen de la misma porque la considera injusta o ilegal. Al respecto la CIDH, en uno de sus informes anuales (informe numero 5597), al revisar la institución de los recursos, señala que, el recurso en un proceso penal, “es la oportunidad de recurrir a una segunda instancia, que refuerza la protección contra el error judicial”. En ese sentido lo que se busca es el reconocimiento de la falibilidad humana, debido a que los jueces pueden errar al aplicar o interpretar la ley (procesal o material).” (Cáceres, sf).

7. Clasificación de los recursos

[La] doctrina ha propuesto diversos criterios de clasificación de los recursos. Al respecto, sólo abordaremos la clasificación en atención a las formalidades exigidas por la ley, según la cual los recursos se clasifican en ordinarios y extraordinarios. En los recursos ordinarios, para su interposición y consecuente concesión, se requiere básicamente de la fundamentación del mismo, precisando el vicio o error que se ha incurrido al dictar la resolución impugnada, (por ejemplo, la apelación).

Por el contrario, según Sánchez (2013) los recursos extraordinarios, son de carácter excepcional, requieren el cumplimiento de un mayor número de requisitos, (ejemplo la casación). Entre impugnaciones en sentido estricto que tienden a la anulación de la resolución recurrida, y medios de gravamen cuya función es obtener una nueva resolución recurrida, y medios de gravamen cuya función es obtener una nueva resolución sobre lo ya decidido, y dentro de los medios de gravamen se encontrarían los recursos.

Los recursos los podemos clasificar desde distintos puntos de vista:

- A) Por sus efectos pueden ser: devolutivos y no devolutivos, según que sean resueltos por un tribunal superior, distinto al que dictó la resolución impugnada (devolutivos), o por el mismo tribunal que la pronunció, ante el que se insta su revisión (no devolutivo). Como ejemplo de los primeros podemos citar a la apelación, la casación y la queja, y dentro de los segundos la reforma y la súplica.
- B) Por la amplitud del recurso y la subordinación del mismo a motivos tasados, podemos hablar de recursos ordinarios, cuya formulación no depende de la alegación de causas legalmente señaladas, y permiten un amplio replanteamiento de lo resuelto (por ejemplo, apelación), y extraordinarios, cuya admisibilidad y

discusión se circunscribe a determinados motivos normalmente previstos (casación y revisión).

C) Por la clase de resolución que se recurre: recursos contra resoluciones interlocutorias (providencias y autos) y contra resoluciones de fondo (autos definitivos y sentencias). (Piñol, 2010).

8. Los recursos en el proceso penal

Así, según Collard y Chiara (2005), se define al recurso [en el proceso penal] como “un medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable”. Por otro lado, también “el recurso de apelación es un remedio procesal de naturaleza ordinaria. En la teoría de los recursos se pueden diferenciar entre recursos ordinarios y extraordinarios. Los primeros están destinados a conocer la gran mayoría de causas, respetando así, el ordenamiento jurídico, el derecho al doble grado de jurisdicción. Los segundos son recursos más restringidos, en el sentido que las causales para instarlo son pocas y limitadas.” (Sánchez y Alva, 2012).

Asimismo, se “decía un viejo precepto que la apelación era una forma de sustituir “el alzarse para sublevarse por el alzarse para apelar”. La apelación es un impulso instintivo, dominado por el Derecho; una protesta volcada en moldes jurídicos de quien siente que tiene la razón y es privado de asistencia. En su mismo nombre castizo (“alzada”), la apelación es una forma de clamor y de rebeldía; es el grito de los que creyéndose agraviados, acuden a un Juez Superior” (Ore, 2010). También, “por recurso se entenderá aquí todo medio de impugnación a través del cual las partes pretenden la modificación o

anulación de una resolución judicial aún no firme que les perjudica o causa gravamen.” (Armenta, 2007).

En ese sentido, la apelación representa una prosecución del juicio de primer grado, en cuya fase no se tiene solo un control de la fase procesal precedente y de la sentencia respectiva, sino que se tiene también el eventual examen de cuestiones nuevas, así como de la demanda sobre la cual ha decidido el juez de primer grado. Con la apelación se realiza la posibilidad de que la materia entera de la controversia sea sometida, tanto respecto de cuestiones de hecho como de derecho, a un doble examen por parte de dos jueces diferentes; es el principio del doble grado de juicio que constituye una garantía para las partes litigantes. Garantía que la ley concede dentro de los límites de la posibilidad de utilizar la apelación, excluyendo en cambio, un segundo examen completo de la causa (o un tercer grado pleno del juicio), ya que las exigencias de conducta podrían militar a favor de una pluralidad de controles de la decisión del primero, y eventualmente del segundo juez, exigencias de certeza, igualmente fuertes, imponen la necesidad de un límite a la posibilidad de un nuevo examen de la decisión por parte de otro juez. Sin contar que la misma autoridad del juez resultaría, en lugar de aumentada, disminuida y puesta en duda por la posibilidad, en definitiva, de obtener un control de la decisión” (Hinojosa, 2013).

Ahora bien, el régimen de recursos tiene una importancia fundamental dentro del sistema procesal penal, porque está en directa relación con los principios que la inspiran y resulta particularmente descriptivo de la organización del poder del Estado. Para Horvitz (2004), “la estructura del Poder Judicial afecta al proceso legal y es erróneo centrarse en el atractivo de la forma procesal sin preguntarse si tal forma es compatible con un aparato judicial particular”.

9. El recurso de apelación

9.1. Concepto

El recurso de apelación “es un medio impugnatorio de carácter ordinario, devolutivo y suspensivo. En vista de que el fundamento de todos los recursos previstos en nuestro ordenamiento es la falibilidad de los operadores judiciales, mediante la apelación se busca específicamente que la instancia inmediatamente superior a la que emite la resolución apelada, la revoque, confirme o anule, si es que se ha producido un defecto insubsanable que vicie la validez de los actos procesales correspondientes” (Villa, 2010). Asimismo, este recurso “tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior” (Horvitz, 2004).

Así, “la apelación, o alzada, es el recurso concedido a un litigante que ha sufrido agravio por la sentencia del juez inferior, para reclamar de ella y obtener su revocación por el juez superior” (Letelier, 2013). Este recurso “constituye uno de los medios impugnatorios de mayor incidencia en el sistema procedimental, en virtud del cual el órgano jurisdiccional superior puede conocer y resolver cuestiones fácticas y jurídicas ya decididas por el juez inferior. La apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total a parcialmente (...). Sánchez (2013) manifiesta que la Sala Superior que conoce de la impugnación, luego de examinar la resolución del juez de primera instancia, decidirá si la confirma, revoca o modifica. En este sentido, el Juez *Ad quem* revise y corrija, si fuere el caso, los errores del Juez *A quo*”.

En ese sentido el jurista Roxin señaló que “la apelación es un recurso amplio que conduce al examen factico y jurídico” (Roxín, 2000). Siendo este “el medio impugnatorio por excelencia -debido a la amplia libertad de acceso a este- [...] frente al

posible error judicial por parte del juez de primera instancia en la emisión de sus resoluciones, surge la apelación con el propósito de remediar dicho error, llevado a cabo ante el juez de Segunda instancia, quien va a poder realizar un análisis factico y jurídico sobre la resolución impugnada” (Neyra, 2015).

9.2. Efectos

Cuando se interpone un recurso de apelación debe tenerse en cuenta si la admisión y procedencia del recurso va a determinar que la resolución se cumpla o se suspenda en su ejecución, ello depende del efecto con el que se ha concedido el recurso de apelación.

Contando con los siguientes efectos:

9.2.1. Efecto devolutivo

El efecto devolutivo “consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dicto el acto y, frente a la impugnación, la entrega de la jurisdicción al superior. Mediante este efecto se atribuye la competencia funcional para resolver al órgano *ad quem* y, por tanto, produce la pérdida de la jurisdicción del órgano *a quo* sobre el punto objeto de la impugnación. El único recurso no devolutivo es el de reposición porque lo resuelve el mismo juez que emitió la resolución cuestionada.” (Rosas, 2013).

Además, dicho efecto significa que “la apelación ha sido concedida *en un solo efecto*, entonces, el suspensivo significa que ha sido concedida *en doble efecto*. Pero si esto es así, estamos afirmando que cuando una apelación ha sido concedida *en doble efecto*, debemos entender que ha sido concedida en efecto suspensivo y también en efecto devolutivo. Sin embargo, tal situación, para Monroy, es un imposible jurídico, pues un juez no puede tener suspendida su competencia y tener competencia a la vez. En

consecuencia, los conceptos *un solo efecto* o *doble efecto* son irreales, inadecuados y engañosos.” (Ore, 2010)

La doctrina española indicó que el citado efecto devolutivo “hace referencia a que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano superior jerárquico al que dictó la resolución recurrida. Este efecto lo producen de forma automática todos los recursos penales con excepción del recurso de reforma y el de súplica que son tramitados y resueltos por los mismos órganos judiciales que dictaron la resolución recurrida.” (Moreno, 2005).

Así, este efecto hace referencia a que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano superior jerárquico al que dictó la resolución recurrida; como señala Roxin dicho efecto “significa que, a través del recurso, la causa será llevada ante la instancia superior [...] Este efecto está configurado de modos diversos para los distintos recursos” (Roxín, 2000), cuyas manifestaciones son las siguientes: a) Hace cesar los poderes del *A quo*; b) Paralelamente el *Ad quem* asume el conocimiento de la causa para reexaminar lo decidido; y, c) La providencia queda en estado de interinidad (Cortez, sf).

A su vez, con lo señalado precedentemente dicho efecto “no se produce sino en la medida de la apelación, conforme al principio *tantum devolutum quantum appellatum*, por lo cual el juez de alzada no podría conocer ni decidir sobre puntos de la sentencia apelada que no le hayan sido devueltos por la apelación. Los puntos o capítulos no apelados quedarían ejecutoriados y firmes, por haber pasado en autoridad de cosa juzgada” (Hinostroza, 2013), otorgando competencia al tribunal superior para que conozca del recurso de apelación y enmiende, confirme o revoque el fallo del tribunal inferior (Correa, 2006).

9.2.2. Efecto suspensivo

El efecto suspensivo de un recurso como señala Sánchez Velarde “implica la imposibilidad de ejecutar la resolución de inmediato debido a que esté suspendida su eficacia hasta que sea resuelta por el superior. El artículo 412 [Código Procesal Penal] regula el efecto no suspensivo de las resoluciones impugnadas; asimismo, resalta que las sentencias y otras resoluciones que dispongan la libertad del imputado, no podrán tener este efecto, es decir, que se ejecutarán inmediatamente. Ahora bien, el artículo 418 [Código Procesal Penal] regula el efecto suspensivo del recurso de apelación, pero tratándose de sentencias que impongan pena privativa de la libertad, ese extremo se ejecutará provisionalmente” (Sánchez, 2013). Asimismo, si el recurso de apelación es concedido con efecto suspensivo, ello significa que “la resolución de primera instancia no deberá cumplirse de inmediato, debido que está suspendida su eficacia hasta que se resuelva en definitiva por el superior. En cambio, Ore (2010) manifiesta que si el recurso de apelación ha sido concedido sin efecto suspensivo, significa que, con prescindencia de la tramitación del recurso, la decisión contenida en la resolución apelada, tiene plena eficacia y puede exigirse su cumplimiento”.

Por otro lado, “la suspensión del proceso penal solo se da si se declara fundada el planteamiento del imputado, hecho en el modo y forma de ley. Solo suspende el proceso penal, no la anula, como si ocurre en una Cuestión Previa. Asimismo, a pesar de que, conforme a las normas del Código Penal (artículo 84°) el término de la prescripción se suspende en estos casos, sin embargo, esa suspensión no funciona cuando ha transcurrido el término adicional (prescripción extraordinaria) que prevé la misma ley penal (artículo 83°, último párrafo)” (Rosas, 2015). Así, dicho efecto “significa que la eficacia de la decisión impugnada (en la sentencia, la cosa juzgada o ejecutoriedad) es impedida por la

interposición tempestiva del recurso, o sea, es postergada. Este efecto está vinculado a la apelación (§ 316, I) y a la casación (§ 343, I), pero no a la queja (§ 307, I)” (Roxín, 2000).

Por otro lado, en la doctrina española el jurista Moreno Catena señala que “cuando se produce, determina la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial recurrida; se produce este efecto cuando el recurso es admitido en ambos efectos (véase, por ejemplo, art. 223), siendo el suspensivo el segundo, en cuanto que un recurso admitido en un solo efecto significa siempre que solo produce el efecto devolutivo. Igualmente, la admisión de un recurso con efecto suspensivo determina la falta de jurisdicción del órgano judicial para conocer de la cuestión principal o de cualquier incidencia que pueda plantearse en el proceso, a no ser que estas se tramiten en pieza separada” (Moreno, 2005).

A su vez, este efecto “es aquel en virtud del cual se suspende la competencia del tribunal inferior para seguir conociendo de la causa” (Corra, 2006). Finalmente, Rosas (2013) manifiesta que dicho efecto se concretiza contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan a fin a la instancia.

9.3. Características

El carácter ilimitado de la apelación en contraposición a los otros medios de impugnación, con la consecuencia de que no existe, en cuanto a la apelación, una distinción entre momento rescindente y rescisorio, esto es, el nuevo juicio no esté condicionado a la existencia de ciertos y taxativos vicios que consienten su reapertura, la apelación tiene siempre, por su intrínseca naturaleza, carácter rescisorio, es decir, el juez procede a un segundo juicio, y sustituye con el suyo el realizado por el primer juez (Hinostroza, 2013).

Otro de los caracteres del recurso de apelación es que “es una de las vías impugnativas que ofrece mayores garantías de lograr una decisión justa”. Es un recurso amplio que conduce al *examen fáctico y jurídico* (Roxín, 2000).

Se trata de un recurso pleno, en que “el conocimiento del tribunal llamado a decidir se caracteriza por ser suficientemente amplio, pero limitado a los agravios que denuncian las partes (que se expresa por el adagio que reza *quantum devolutum tantum appellatum*), donde cabe pretender revisar errores de valoración sobre la base fáctica o de derecho en cuanto la calificación jurídica (errores *in iudicando*) o bien sobre aspectos de forma (errores *in procedendo*)” (Jauchen, 2012). A su vez, otro de los caracteres “la apelación tiene, asimismo, como regla, efecto suspensivo, y en determinada hipótesis, efecto extensivo” (Palacio, 1998).

9.4. El agravio en el recurso de apelación

La admisión del recurso de apelación “requiere que este sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución. A estos efectos es de asumir la concepción de la denominada “voluntad impugnativa”, atento al contenido o fundamentación y a la pretensión hecha valer mediante determinado recurso (Cas. N° 01-2007-Huaura, Villavicencio R. y Reyes A., p. 312)”. (Villa, 2010).

No obstante, “quien no es afectado por una decisión que lo perjudica, no tiene un interés jurídicamente protegido en su corrección, por cuya causa tendrá que concedérsele un recurso. La existencia de un gravamen es, por ello, presupuesto general material de la interposición de recursos (Roxín, 2000).

Hinostroza (2013) establece que la existencia de agravio es esencial, porque determina el interés jurídico del recurso; así, “las resoluciones expresamente declaradas apelables

o que causen gravamen irreparable” (Collard y Chiara, 2005). Asimismo, dicho concepto de “*gravamen irreparable*” no se presta a una definición genérica y debe por lo tanto verificarse su concurrencia en cada caso concreto, puede decirse que aquél se presenta, fundamentalmente, cuando no existe otra oportunidad procesalmente útil para reparar el perjuicio que irroga la resolución (v.gr., la que dispone una extracción compulsiva de sangre a un menor no imputado en el proceso o deniega la autorización para realizar actos civiles impostergables a quien soporta la incomunicación)” (Palacio, 1998). Por tanto, para Ore (2010) el agravio se genera cuando una desventaja o perjuicio que provoca la resolución judicial que restringe un derecho o una libertad, proviene de errores cometidos por el órgano.

9.5. Trámite del recurso de apelación

Es de precisar que “el lugar de interposición del recurso analizado es el correspondiente a la sede del órgano judicial que dictó la resolución que se impugna” (Palacio, 1998), y que “cumplido con los requisitos y el plazo de ley se elevan los actuados al superior jerárquico, quién resolverá de acuerdo a ley” (Rosas, 2013). Así, “el [recurso] de apelación debe ser interpuesto, dentro del plazo [...], ante el tribunal de primera instancia (el *Iudex A quo*) (§ 314)” (Roxín, 2000). Asimismo, la doctrina procesal chilena, indica que obviamente excluye la posibilidad de que se utilice como una forma de reacción inmediata frente a una resolución dictada en el transcurso de una audiencia (art. 367 CPP)” (Horvitz y López, 2004).

En ese sentido, “contra la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria procede recurso de apelación. Concedido el recurso de apelación, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, antes de la elevación del recurso a la Sala Penal Superior, que dentro de quinto día se agreguen a los actuados formados en sede judicial las copias certificadas pertinentes

del expediente fiscal. Para Rosas (2015), si transcurre el plazo sin que se haya agregado las copias correspondientes, el Juez inmediatamente elevará los actuados a la Sala Penal Superior, la que sin perjuicio de poner este hecho en conocimiento del Fiscal Superior instará al Fiscal Provincial para que complete el cuaderno de apelación”.

La interposición en un recurso “implica que se suspenden los efectos de las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin al proceso; sin que sea obstáculo para que el imputado, de ser el caso, recobre su libertad porque el Art. 412° del mismo cuerpo normativo expresa que cuando se disponga la libertad del imputado, a pesar de interponerse algún medio impugnatorio, no se podrá suspender la excarcelación” (Neyra, 2015). Para que los acusados no concurrentes a la audiencia, el plazo empieza a correr desde el día siguiente de la notificación en su domicilio procesal. Rige en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 405° del NCPP.” (Rosas, 2013).

9.6. Admisibilidad de la apelación

Para Horvitz y López (2004), el recurso de apelación [como medio de impugnación] está “sujeto a un doble trámite de admisibilidad: primero, ante el tribunal *A quo*, y luego, ante el tribunal *Ad quem*”. Así, “en aquellos casos, entonces, en que el recurso es, declarado admisible, se decreta una audiencia para conocer del mismo” (Correa, 2006).

A su vez, la doctrina alemana ha contribuido señalando que “en los casos [donde] (...), el Tribunal de apelación tiene que decidir previamente sobre la admisión del recurso. Por esta regulación son afectadas las condenas a pena de multa de no más de 15 días-multa o a multa por una contravención, pero también las advertencias con reserva de pena cuando esta no supera los 15 días-multa (...), como también las absoluciones y sobreseimientos en los cuales la fiscalía no hubiera solicitado una pena de multa mayor a 30 días-multa (...). En ello, la [primera] frase solo se refiere a la apelación del acusado y al recurso

interpuesto por la fiscalía en su favor. La apelación de la fiscalía interpuesta a favor del acusado es regulada concluyentemente en la [segunda] frase; así, el límite de 15 días-multa carece, por ello, de importancia (...). En caso de falta de fundamentación manifiesta, el recurso, cuya admisión resultaría muy cuestionable (...), debe ser rechazado por inadmisibile en lugar de ser concedido (§ 313, II). Si el tribunal, a requerimiento de la fiscalía, pretende rechazar la admisión, antes debe escuchar al recurrente (...)" (Roxín, 2000).

Ahora, "la admisión (en la apelación) de las nuevas excepciones, en contraposición a la exclusión de las nuevas demandas, siempre sancionada por todas las leyes, se justifica por el hecho de que la excepción en realidad no es nunca nueva, porque (...) la negación del demandado es siempre absoluta, y tanto es así que ninguna excepción, aunque no haya sido deducida en juicio, sobrevive a la cosa juzgada" (Hinostraza, 2013). Por tanto, es "imprescindible que exista agravio" (Collard y Chiara, 2005). Así, contra la resolución que declare inadmisibile el recurso de apelación, se puede interponer el recurso de reposición. Se entiende que el recurso de queja se interpone contra la resolución que declare inadmisibile y/o improcedente el recurso de apelación, en primera instancia, pero en este caso estamos con el segundo y definitivo control de admisibilidad (Sánchez, 2013), es decir en el segundo examen de admisibilidad.

Por otro lado, también la Sala de Apelaciones, "mediante auto, en el plazo de 3 días, decidirá la admisibilidad de las pruebas ofrecidas en función a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 155 (las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente

sobreabundantes o de imposible consecución y a los puntos materia de discusión en la apelación, esta resolución es inimpugnable” (Sánchez, y Alva, 2012).

9.7. Clasificación:

9.7.1. Apelación de autos

La apelación de autos es el medio impugnatorio de garantía de un reexamen de aquel auto que causa agravio a la parte. En el Código de Procedimientos Penales este recurso se encuentra previsto tanto para los autos de todos los procesos, como para las sentencias de los procesos sumarios (Sánchez, y Alva, 2012). Asimismo, para este tipo de recurso “la sala correrá traslado del escrito de fundamentación al fiscal y a los demás sujetos procesales. Absuelto el traslado, la sala estimará admisible o no y puede rechazarlo de plano, caso contrario queda expedita para ser resuelta y señalar fecha para la audiencia. Antes de la notificación de dicho decreto, el fiscal y demás sujetos procesales podrán presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, de lo que se pondrá en conocimiento de los sujetos procesales por tres días” (Rosas, 2015).

a. Plazo para interponer el recurso de apelación de autos

Además, el plazo para interponer el recurso de apelación de autos es de 3 días. La Sala Superior o, en su caso, el Juzgado unipersonal (en el caso de faltas), reciben los autos y corren traslado a los demás sujetos procesales por el término de 5 días. Vencido el plazo anterior, absuelto o no el traslado, se realiza el examen de admisibilidad, que consiste en verificar: a) que ha sido interpuesto por sujeto legitimado, b) que se haya interpuesto dentro del plazo de ley y por escrito (u oralmente si es el caso); c) que se precise los puntos de la resolución impugnada, expresando los fundamentos de hecho y derecho que

apoyen su postura; y, d) debe concluir solicitando una pretensión determinada. Para Sánchez (2013), el juez *A quem* resolverá declarando inadmisibile o admisible el recurso interpuesto, en cuyo caso señalarán día y fecha para la audiencia de apelación mediante decreto.

b. Audiencia de apelación de autos

En el desarrollo de la “audiencia de apelación de autos” o “vista de causa”, corresponde aplicar lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 420 del Código Procesal Penal, que establece que después de dar cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso, acto seguido se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes, lo que significa que la defensa de la parte apelante tendrá obligatoriamente que concurrir a la “vista de causa”, o “audiencia de apelación”, donde oralmente debe sustentar su pretensión impugnatoria [Exp. N° 2008-00220-Huacho, Villavicencio R. y Reyes A., pág. 283-284] (Villa, 2010).

Asimismo, en la audiencia de apelación de autos podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra (Rosas, 2013). A su vez, “puede darse lectura, aun de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383 del Código Procesal Penal de 2004, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes” (Ore, 2010).

La base normativa general es la del juicio oral en primera instancia. Las reglas de instalación están ya definidas por el art. 423 NCPP. Cabe puntualizar que existen dos modalidades de audiencia, siempre preceptiva: con actuación probatoria o sin ella. La

primera modalidad está condicionada a la impugnación del juicio de culpabilidad o inocencia, o de la cuantía de la pena o de la reparación civil, y siempre que en apelación se inste la revisión de un aspecto de la valoración de las pruebas personales, que es su credibilidad. Si la esencia de la controversia radica, no en error en la valoración de la prueba —diferente ponderación acerca de la credibilidad de determinadas declaraciones—, sino en una inadecuada calificación jurídica de los hechos que el órgano *a quo* declaró probados; si no se discute la veracidad de específicas declaraciones asumidas por el *iudex a quo* sino se estima su impropiedad o relevancia exculpatoria, en esos casos, no cabe una audiencia con actuación de pruebas (San Martín, 2015).

En dicha audiencia “podrán concurrir todos los sujetos procesales que lo estimen conveniente, dicha audiencia no se puede aplazar en ningún caso. En ella se da cuenta de la resolución recurrida y los fundamentos del recurso, acto seguido se oirá en primer lugar al abogado del recurrente y luego a los abogados de los otros sujetos procesales. En todo caso el imputado tiene derecho a la última palabra. El Juez *A quem* podrá formular, en cualquier momento, preguntas aclaratorias” (Sánchez, 2013).

En ese sentido, Oré (2010), manifiesta que “en cualquier momento de la audiencia, la Sala podrá formular preguntas al fiscal o a los abogados de los demás sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida”. Empero, si la parte que recurrió no asiste a la audiencia es pasible de ser sancionado con la inadmisibilidad del recurso, pues se entiende que como el apelante no fue a la audiencia de apelación, entonces tácitamente se ha desistido” (Sánchez, 2013).

9.7.2. Apelación de sentencias

El recurso de apelación para sentencias con el Código de Procedimientos Penales solo era previsto para las que se dan en el proceso sumario, que se rige por el Decreto Legislativo N° 124, y que en su artículo 7 señala: “la sentencia es apelable en el acto mismo de su lectura o en el término de tres días” (Sánchez y Alva, 2012). Así, Armenta (2007) manifiesta que “esta modalidad del recurso de apelación da lugar, como se dijo, a la segunda instancia penal, es decir, a un nuevo enjuiciamiento sobre el objeto procesal debatido durante la primera”. La tutela jurisdiccional de los jueces de segunda instancia respecto a una apelación de sentencia (por ejemplo, si resuelven declarar nula la sentencia apelada y disponen que el juez penal de primer grado expida nueva resolución), es una decisión que forma parte de la discrecionalidad e independencia que el artículo 138 de la Constitución reconoce al poder jurisdiccional del Estado (STC Exp. N.º 04797-2009-PA/TC, www.pj.gob.pe) (Villa, 2010).

Para Oré (2010) la sentencia es una decisión y resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión. Pero, al mismo tiempo, contiene un mandato, pues tiene fuerza impositiva, ya que vincula y obliga. Es, por lo tanto, el instrumento para convertir la regla general contenida en la ley en un mandato concreto para el caso determinado.

En ese sentido, la apelación con la nueva normativa procesal “regula [en esencia] las pautas para la realización del *juicio de apelación*, el cual se constituye como un Segundo juicio (en tanto que se cuestione el juicio de culpabilidad o inocencia del imputado) rodeado de todas las garantías que le son inherentes, llámese [principios que fundamentan el nuevo ordenamiento] contradicción, intermediación, concentración, oralidad, en cuanto sean aplicables (art. 424). *El juicio de apelación* significa que el órgano jurisdiccional de segunda instancia conocerá el juicio a través de la

actuación concreta de las partes, no [solo] la lectura de los actos de prueba practicados en primera instancia” (Sánchez, 2013).

Por otro lado, también la apelación, conforme establece la doctrina alemana, se dirige contra sentencias y conduce también al control, tanto de la cuestión fáctica como de la jurídica (ver § 323), bajo el efecto devolutivo y suspensivo son asegurados en toda su extensión solo a través de la interposición tempestiva (ver, en particular, § 319)” (Róxin, 2000).

9.8. La sentencia de apelación o de segunda instancia

La sentencia emitida por el *Ad quem* son pronunciadas en audiencia pública en la fecha establecida y con las partes que concurran. Contra ella solo procede recurso de casación y los pedidos de aclaración o corrección. Esta es ejecutada por el juez que corresponda (Sánchez, 2013). La Norma Fundamental prescribe la revisabilidad de las sentencias penales condenatorias, lo que no significa exactamente la constitucionalización de la segunda instancia penal, pues dicha exigencia se satisface también mediante un recurso extraordinario como el de casación, según el TC” (Armenta, 2007).

A su vez, la sentencia penal es la resolución con que culmina el juicio penal, como regla, luego de la celebración de la audiencia de juicio oral, donde se emite un segundo pronunciamiento sobre la controversia, que implica aceptar que la sentencia decisoria de la apelación se pronuncia nuevamente sobre el objeto del proceso y que el tribunal de segunda instancia puede llegar a un pronunciamiento distinto del declarado en la resolución apelada con independencia o no del acierto o corrección de esta última, por ello, el objeto de la apelación, en la audiencia oral no se examina solamente si la decisión de la primera instancia era correcta o no lo era, por ello la instancia de apelación es, en

cierto modo, una segunda primera instancia” (Conejo, Corsino, Curiel, García y De los Santos, 2007).

“La segunda instancia se concede frente a las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado por los Jueces de lo Penal, la sentencia de conformidad del Juez de Instrucción en funciones de Guardia en el enjuiciamiento rápido y frente a las dictadas en los juicios de faltas por los Jueces de Paz o los de Instrucción. Queda, por tanto, únicamente excluida respecto de los delitos más graves, que son enjuiciados en primera instancia por la Audiencia Provincial o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.” (Armenta, 2007).

9.9. Los sistemas de apelación

La apelación es el recurso que permite que pueda lograrse una segunda instancia, el concepto de este último término no es unívoco, pues admite una diversidad de significados según la amplitud con que se configure su objeto procesal, bien como un *‘novum iudicium’*-como una nueva primera instancia (modelo alemán)-, o bien como una *‘revisio prioris instantiae’*-como un control de lo ya resuelto en la primera instancia (modelo austríaco)-, siendo el legislador quien optará por el modelo que considere más adecuado. El ámbito material del recurso, acota este procesalista, está estructurado según la doctrina clásica en torno a dos diferentes modelos o sistemas, a saber: el de la apelación plena (*volle Berufung*) y el de la apelación limitada (*beschränkte Berufung*), según el grado de autonomía o de vinculación del objeto procesal deducido en apelación, y de la decisión de ésta, con respecto al objeto anteriormente enjuiciado y a la resolución recaída en la primera instancia; ambos modelos de apelación, es de aclarar, ordenan la conformación del objeto procesal de la segunda instancia sobre la base del contenido de

la pretensión deducida en el recurso, imponiendo o no límites a los hechos alegables y a las peticiones admisibles en esa vía de impugnación. (San Martín, 2006).

9.9.1. Apelación Plena

Para Oré (2010), la apelación plena constituye un “procedimiento en donde pueden aportarse hechos posteriores a la sentencia recurrida y practicarse, en principio, toda clase de pruebas. En este caso, se trata, mediante una segunda controversia, de obtener una segunda decisión judicial que recaer no solamente sobre el material debatido en la primera instancia, sino sobre el material nuevo incorporado con posterioridad”

La apelación citada tiene sus orígenes en la doctrina alemana, pues “supone una aplicación amplia; tanto en el aspecto de legalidad, como en la relación jurídico material de la sentencia apelada -fundamentos de hecho y derecho-, logrando que la resolución del Juez revisor se extienda hasta la estimación de la ilegalidad de la resolución del Juez de primera instancia” (Neyra, 2015). Convirtiéndola a este tipo de apelación en la más completa dentro los medios de impugnación.

En resumen, la apelación plena da lugar a un nuevo proceso en el que el tribunal del recurso realiza un verdadero y segundo juicio y dicta una sentencia que efectúa un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto, no limitándose a declarar la conformidad o disconformidad de la sentencia recurrida con la legalidad (Lara, 2014).

9.9.2. Apelación Limitada

Por otro lado, la apelación limitada “no es tan innovadora, sino meramente revisora del proceso anterior; no se trata en tal caso de un juicio nuevo, sino de la revisión por el superior de todo el material del proceso seguido en la primera instancia” (Lara, 2014).

Para Neyra (2015), este tipo de apelaciones fue incorporado por la “Ordenanza Civil

Austriaca de 1895, como una crítica al modelo de apelación anterior, tiene un contenido diverso, en el sentido que el órgano revisor se limita a efectuar un simple control de lo resuelto en primera instancia. Si en el modelo de apelación plena se podía expresar como creación, en este se habla solo de revisión”.

9.10. El recurso de apelación en el derecho comparado

En la doctrina **española** con diseño original de la LECrim, coherente con el sistema acusatorio formal y la oralidad del juicio penal, no consideró a la apelación como el recurso idóneo para atacar las sentencias dadas en el procedimiento ordinario, desde que éstas se dictan en única instancia. Excepcionalmente se justificó el recurso de apelación para impugnar las sentencias dictadas por los Jueces municipales. (Letelier, 2013).

En la doctrina **chilena** el procedimiento penal optó por el recurso de apelación, el mismo que procede solo contra las resoluciones dictadas por los jueces de garantía y solo en los casos previstos por la ley (art. 370 CPP). Son inapelables todas las resoluciones dictadas por el tribunal de juicio oral en lo penal (art. 364 CPP) (Horvitz, 2004).

En la doctrina de **Costa Rica**, el recurso impugnatorio que optaron se le denomina recurso de casación, en vista de que la apelación se reserva para ciertas resoluciones de mero trámite y no contra las sentencias. En algunos países se sigue esta corriente, dando por satisfecho el requerimiento de la doble instancia ya sea con el recurso de apelación o casación contra la sentencia definitiva, pero, en todo caso, uno u otro (Oré, 2010).

La doctrina procesal **Argentina** señala que las normas internacionales incorporadas al ordenamiento jurídico de dicho país a partir de la reforma constitucional de 1994 ordenan al Estado federal y a las provincias un claro mandato a diseñar legalmente un sistema recursivo que garantice la posibilidad de revisar el fallo de condena. Concretamente, por

imperio de los artículos 8, inciso 2, apartado h, de la CADH; del 14, inciso 5' del PIDCP; 75, inciso 22, y 31 de la CN, son estas normas supremas que acarrear inconstitucionalidad por implicar “cuestión constitucional” y causal de recurso extraordinario (art. 14, ley 48) toda normativa de inferior jerarquía que las contradiga (Jauchen, 2012).

Es de resaltar, como enfatiza la STCE N.º 296/2005, de 11 de noviembre, que ni el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 81 y ss.), ni los Tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia (art. 25) y para Ruanda (art. 25) prevén en los procedimientos penales en los que son competentes un recurso ordinario añadido al de apelación, tampoco para los supuestos en los que la condena se impone en dicha sede tras una primera sentencia absolutoria. Criterio distinto, por cierto, tiene el Comité en su decisión 1095/2002, en la que entendía que el art. 14 PIDCP no solo garantiza que la Sentencia sea sometida a un Tribunal superior, sino también que la condena sea sometida a una segunda instancia de revisión; comunicación que, sin embargo, carece de base jurídica pues no solo no toma en cuenta las peculiaridades del sistema procesal de cada país —a las que reconoce expresamente el PIDCP—, sino que su base o fuente matriz —el sistema anglosajón—no lo sigue, además que de ello puede derivarse una seria lesión al plazo razonable y a la seguridad jurídica por los sucesivos recursos que demandaría. (San Martín, 2015).

La doctrina **italiana** (Carnelutti, Calamandrei) destacó que la cuestión impugnativa se relaciona con modos de fiscalización, tendiendo, en definitiva, a establecer métodos de contralor del decisorio jurisdiccional y a evitar, dentro de lo posible y según las condiciones legales, los excesos discrecionales, la arbitrariedad, el error o la injusticia (San Martín, 2015).

La doctrina **inglesa**, respecto al recurso de apelación desarrolla “4. Contra la decisión de las *Magistrates’ Courts* es posible interponer *appeal* ante la *Crown Court* o “*appeal by*

case stated” (limitado a las cuestiones jurídicas) ante la *High Court*. Contra las sentencias de los tribunales de jurados solo el condenado puede interponer *appeal* ante la *Criminal Division* de la *Court of Appeal*, en Londres; el recurso es admisible ilimitadamente cuando se motiva en lesiones a la ley; en caso de impugnación sobre la determinación de los hechos y sobre la medición de la pena, únicamente con autorización judicial (normalmente del *iudex ad quem*). Contra una decisión de la *Court of Appeal*, el acusado, o excepcionalmente el acusador, puede acudir con un *appeal* ulterior a la *House of Lords*” (Roxín, 2000).

10. El recurso de casación

Para Sánchez (2013), el recurso de casación es un medio impugnatorio cuyo efecto “es devolutivo y extraordinario que precede en determinados casos previstos en la ley con dos finalidades: a) la revisión o control de la aplicación de la ley hecha por el tribunal de instancia inferior y b) la unificación de los criterios jurisprudenciales”. Asimismo, “constituye una de las instituciones procesales de mayor arraigo en la doctrina, pues permite la formación de la jurisprudencia suprema” (Sánchez, 2013); y, con competencia exclusiva [la] Corte Suprema, [cuya] naturaleza extraordinaria por la existencia de limitaciones en las causas o motivos susceptibles de fundamentar la pretensión impugnatoria dirigida a una función específica (Neyra, 2015).

Por otro lado, “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 solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal” (Roxín, 2000). Cuya función y significado es la misma tanto en “el proceso penal como en el proceso civil; por consiguiente, el concepto de casación en uno y otro orden procesal es el mismo. Se trata obviamente de un medio de impugnación

extraordinario con motivos tasados. Con él se pretende la nulidad de la sentencia (casación por infracción de ley) o del proceso y, consiguientemente, de la sentencia (casación por quebrantamiento de forma)” (Moreno, 2005).

Así, el recurso de casación penal tiene una “función predominantemente parciaria en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales (*ius litigatoris*), aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomofiláctica) y unificadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (*ius constitutionis*)” (Moreno, 2005). Este recurso está “encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios” (Palacio, 1998).

A su vez, el recurso de casación no se configura como el derecho a una segunda instancia con repetición integral del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal Superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de la culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto (STC 80/2003, de 28 de abril) (De Urbano, 2005). Siendo este un recurso efectivo, que permite revocar sentencias de instancia, determinando la absolución del condenado [dictado por el propio Tribunal Supremo] evitando el expediente dilatorio, presente en otros ordenamientos, de reenviar la causa, para nueva sentencia y posible recurso (Palacio, 1998).

Este medio impugnatorio es un recurso con efecto devolutivo y, a diferencia del ordenamiento procesal civil, no suspensivo. En efecto, ese recurso es de conocimiento de un órgano superior al que dicta la sentencia o auto de vista, señaladamente la Sala

Penal de la Corte Suprema (art. 353 del Código de 1991). En cuanto al efecto suspensivo, el art. 336 del Código de 1991 prescribe que la resolución impugnada, salvo disposición contraria de la ley, se ejecuta provisionalmente. En la Sección dedicada al recurso de casación, el Código de 1991 no prevé ningún supuesto excepcional que imponga un determinado efecto suspensivo al recurso; en consecuencia, la regla es que el recurso de casación no es suspensivo” (San Martín, 2001).

“Advirtiéndose que es un recurso de impugnación y no una facultad genérica o un principio que la Constitución entrega al Supremo Tribunal para conocer de procedimientos al margen del sistema de recursos. La competencia funcional tiene su origen en la ley y el control de las decisiones de instancia solo es posible en la medida que la ley habilite expresamente un recurso” (San Martín, 2001). Asimismo, “la casación es un instituto complejo que resulta de la combinación de dos elementos recíprocamente complementarios, uno de los cuales pertenece al ordenamiento judicial, a su vértice: la Corte Suprema, mientras que el otro pertenece al derecho procesal y debe ser estudiado en el sistema de los medios de impugnación: el recurso de casación. Esta complementariedad o binomio configura al recurso de casación como un medio de impugnación cuyas condiciones están establecidas por la ley procesal de modo que provoquen de parte de la Corte Suprema un cierto reexamen limitado, correspondiente a sus fines constitucionales, muy diversa a los demás Órganos jurisdiccionales. La unificación de la interpretación del derecho objetivo, por razones de esencias, tiene que ser confiada a un Órgano jurisdiccional, único y último” (San Martín, 2015).

El recurso de casación, como instrumento procesal, ocupa una posición esencial en el sistema de garantías constitucionales. Por ello “no solo está al servicio de los intereses objetivos

ligados a la necesaria depuración en derecho del obrar judicial -protección del interés público, presente en la unificación de la jurisprudencia, que se patentiza en su función nomofiláctica y en la protección del *ius constitutionis*, sino que, al desenvolver esta función, protege también al justiciable en el caso concreto -*ius litigatoris*-, que contará, a través, con la posibilidad de someter el fallo en el que resulta condenado a un Tribunal Superior” (San Martín, 2015).

La normativa procesal señala que este “medio de impugnación [de naturaleza extraordinario] produce un efecto devolutivo, no suspensivo salvo el caso de libertad: art. 412 NCPP y extensivo en lo favorable, mediante el cual se somete a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento, a través de motivos o causales tasadas, de determinadas sentencias y autos definitivos dictados en apelación por las Cortes Superiores con el fin de lograr la anulación de la recurrida, todo ello con fundamento en la existencia de vicios en la aplicación e interpretación de las normas de derecho objetivo, aplicables al caso” (San Martín, 2015).

Por otro lado, según Salazar y Alva (2012) también, es un “medio impugnatorio vertical y extraordinario procedente en supuestos estrictamente determinados por la ley y dirigido a lograr que el máximo tribunal (en el caso peruano, la Corte Suprema de Justicia de la República) revise y reforme o anule las resoluciones expedidas por las Cortes Superiores (que pongan fin al proceso) que infringen las normas de derecho material, la doctrina jurisprudencial, las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales”.

10.1. Evolución histórica

El origen de los recursos extraordinarios se encuentra en la Revolución Francesa, en la que se crearon el recurso y el tribunal de casación con la finalidad política de lograr la

supremacía de la ley, y el sometimiento a ella de los tribunales. Se estableció un órgano y un instrumento por medio de los cuales las sentencias de los tribunales que supusieran una contravención expresa al texto de la ley fueran casadas (entendiendo casar como romper o anular), devolviéndose el conocimiento del asunto a otro tribunal para que dictara nueva sentencia (Oré, 2010).

La historia de la casación, “afirma que este instituto procesal, tal como lo encontramos en los Estados modernos, resulta de la unión de dos institutos que recíprocamente se compenetran y se integran, uno que forma parte del ordenamiento judicial - político: la corte de casación, y el otro, de un instituto que pertenece al derecho procesal: el recurso de casación; además, explica que, por primera vez, estos dos institutos se unieron en el complejo que recibe el nombre de casación en la Revolución Francesa, por un decreto de la Asamblea Revolucionaria” (Yaipén, 2014).

Así, Yaipén (2014) manifiesta que “el origen directo e inmediato de la casación se halla en la lucha entre la monarquía y los parlamentos franceses, conflicto que no surgió de un solo momento, sino a través de distintos episodios esporádicos, que después asumió un alcance más general”. En ese sentido, se puede afirmar que el origen “tiene lugar en el derecho francés, en la edad media. En la lucha de poderes entre el rey y el parlamento, la forma más eficaz para evitar la intromisión de este último en las facultades y sobre todo en la imposición de la voluntad del poder real fue anular las decisiones jurisdiccionales que de cualquier forma aparecieran contrarias al cumplimiento de las ordenanzas reales” (Chiras y Obligado, 2005).

El recurso de casación fue cumpliendo una función propiamente jurisdiccional llegando a establecerse que la sentencia era casable no solo en los casos de violación expresa al texto de la ley, sino también cuando se hubiese vulnerado su espíritu, cumpliéndose de

esta forma con la finalidad de unificar la jurisprudencia (Chiras y Obligado, 2005). Sin embargo, en el Derecho romano -periodo republicano- no se concebía que una sentencia pudiera ser atacada por vía de la impugnación, pero se admitía el ejercicio de una acción de nulidad por violaciones formales no sujeta a término, que llevaba a la declaración de inexistencia de la sentencia” (Yaipén, 2014) En suma, el recurso de casación que hoy se perfila tiende a que el mismo concrete la plena vigencia de las garantías constitucionales con limitación del reenvío” (Chiras y Obligado, 2005).

10.2. Finalidades

10.2.1. Finalidad *nomofiláctica*

Para Oré (2010), una de las finalidades del recurso de casación es la *nomofiláctica* que “busca [ba] la protección de la ley en sí misma, salvaguardar su texto literal de cualquier alteración o modificación que pudieran realizar los tribunales de justicia al aplicarlo o interpretarlo. Se afirma así que la casación francesa nació con una evidente finalidad nomofiláctica, de defensa o conservación de la ley”. Este fin es *ius constitutionis*, pues señala que la ley debe cumplirse por todos, y si quien debe cuidar que se cumpla la ley no lo hace, entonces, debe existir un mecanismo para custodiar al custodio”. El mismo autor manifiesta que su misión primordial y se entiende como “racionalización del Derecho viviente, para depurar la jurisprudencia, permitiendo que dentro de la uniformidad se eviten los estancamientos, todo ello dotando al sistema de las garantías precisas para asegurar la seguridad jurídica, la previsibilidad del resultado al acudir a los tribunales, y el principio de igualdad ante la ley”.

En los países que se optó por el sistema puro de casación, el objeto de esta finalidad es la defensa del derecho objetivo (positivo), o sea de la norma jurídica, tanto el sustantivo como el adjetivo. El derecho objetivo tiene caracteres propios que lo identifican como: la

bilateralidad, la generalidad, la imperatividad y la coercibilidad. Solo respecto de normas jurídicas (que regulan y establecen derechos y obligaciones) que tengan estos caracteres, será posible interponer este recurso” (Benavente, Aylas y Benavente, 2010).

Empero, “no se trata de proteger la norma en sí misma, en su literalidad, ya que existen normas jurídicas que admiten más de una interpretación razonable y jurídicamente correcta; es dentro de ese marco donde se debe perfilar la función nomofiláctica de la casación (Yaipén, 2014). Asimismo, la nomofilaxis no puede entenderse como simple elección y defensa de la interpretación justa, puesto que ella es una labor que le corresponde a los órganos jurisdiccionales de todas las instancias y no exclusivamente a la Corte Suprema. Por ende, habrá algo adicional que le otorgue un específico sentido a la corte de casación, diferenciada de las demás de instancia inferior” (Yaipén, 2014).

10.2.2. Finalidad unificadora de la jurisprudencia

El originario modelo de Casación, postulada por la revolución francesa, donde “la jurisprudencia era concebida como un atentado contra la autoridad del legislador; por tanto, la función uniformadora de la jurisprudencia de la casación devenía en nula” (Yaipén, 2014). Así, el “ejercicio de interpretar la ley es lo que precisamente origina la jurisprudencia, por lo tanto, el tribunal de casación fue diseñado como un aparato judicial destinado a nivelar y unificar la jurisprudencia” (Oré, 2010), con el objeto de salvaguardar el principio de igualdad en la aplicación e interpretación de ley, así como los principios de seguridad y de certidumbre jurídica (Oré, 2010).

Para Oré (2010) su finalidad se encuentra orientada a “conformar una unidad jurídica y a garantizar el principio de igualdad ante la ley. Busca obtener una aplicación e interpretación de la norma jurídica común en todo el territorio nacional. Siendo las leyes

abstractas y generales, es factible obtener una interpretación unificada que tenga efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía”.

Asimismo, esta función “ha servido para conformar la unidad jurídica en varios países, con lo que los órganos de justicia obtienen prestigio, pues dan señales de la relativa permanencia de sus decisiones respecto de situaciones similares, en tanto que conducen al ciudadano a la convicción de que su servicio de justicia tiene determinadas líneas directrices que deben ser respetadas” (Oré, 2010). Así, el ejercicio de interpretar la ley es lo que se ha dado en llamar jurisprudencia; por lo tanto, el tribunal de casación fue diseñado como un aparato judicial creado para nivelar la jurisprudencia, con el fin de mantenerla unificada (Benavente, Aylas, Benavente, 2010).

Por tanto, esta finalidad está orientada a conformar una unidad jurídica y a garantizar el principio de igualdad ante la ley; es decir, que se tienda a una aplicación e interpretación de la norma jurídica común en todo el territorio nacional, ya que siendo las leyes abstractas y generales es factible obtener una interpretación unificada que tenga efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía” (Benavente, Aylas, Benavente, 2010). A su vez, en sentido formal, es que se trata del criterio constante y uniforme de la aplicación del Derecho, expresado en las resoluciones de los organismos judiciales de la más alta jerarquía o, en sentido material, al conjunto de resoluciones que son dictadas por dichos organismos, que expresan asimismo el modo uniforme como se viene aplicando el Derecho (Benavente, Aylas, Benavente, 2010).

Así, “la uniformización de la jurisprudencia nacional debe producir varios efectos secundarios, al permitir que no se inicien procesos que de antemano se advierten que no van a tener acogida en los órganos jurisdiccionales; incluso, si mientras se sigue un proceso se expide una decisión casatoria en otro con elementos idénticos, se podrá alegar

a favor en este -y con considerable contundencia- el criterio del tribunal de casación” (Yaipén, 2014). Sin dejar de aplicar la regulación prevista por nuestro Código Procesal Penal al regular, como materia casable, a la casación excepcional o discrecional, en el sentido de que tal casación busca el fin trascendental del desarrollo de la doctrina jurisprudencial (Núñez y Alava, 2012).

10.2.3. Finalidad dikelógica

La función dikelógica busca hacer justicia en el caso concreto, apareciendo, así como un medio impugnativo (recurso) impulsado por el particular que sufre el agravio de la sentencia. Conseguir justicia en el caso concreto es el fin real que tiene un abogado al sustentar la casación. Este fin es *ius ligatoris*. El riesgo de asignar este fin a la casación es que se consideraría al tribunal de casación como una tercera instancia, ya que si bien la actividad casatoria persigue desde sus orígenes la preservación y aplicación correcta del Derecho objetivo, no se puede dejar de lado la existencia, y queda claro que en la actualidad, la nomofilaxis o la función nomofiláctica de la casación no puede ser entendida en esos términos, de defensa de la ley en sentido formal, puesto que no se trata de la mera aplicación de la ley desligada de los valores que la inspiran, del agravio de carácter subjetivo” (Ore, 2010).

La existencia de este fin en un sistema casatorio están dadas “por el hecho de que empieza a desmitificarse la muchas veces rígida exigencia de requisitos para su procedencia y se reducen las aduanas formales que lo habían convertido más en un rito que en un instrumento para remediar una sentencia ilegal” (Benavente, Aylas, Benavente, 2010). El mismo que tiende a la defensa del *ius litigatoris*, pues se orienta a salvaguardar el interés de la parte procesal que busca la justicia evitando resoluciones absurdas y arbitrarias. Por la función dikelógica se pretende hacer justicia del caso concreto, fin en la que la casación

aparece como un recurso impulsado por el particular que sufre el agravio de la sentencia (Yaipén, 2014).

Dicha finalidad está orientada a salvaguardar el concreto interés de la parte recurrente, no se puede negar que en el procedimiento del recurso de casación algunas veces atiende esta finalidad, pero en otras no siempre es así; por el contrario, se la deja de lado. “Lo que siempre opera en la casación, es que esta se vale de la parte impugnante para llevar el caso hasta el máximo tribunal; por ende, se convierte en un medio antes que en un fin” (Yaipén, 2014). El mismo que tiene su manifestación con la teoría de la voluntad impugnativa, en donde los Jueces Supremos aplican la causal correspondiente sin esperar que las partes lo hayan invocado en forma acertada (Bernal, Núñez y Alva, 2012).

10.3. Motivos de la casación

10.3.1. Casación procesal

Es también conocida como quebrantamiento de forma; se plantea cuando la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad” (Bernal, Núñez y Alva, 2012).. Es de precisar que el “art. 347 del Código de 1991 señala taxativamente los supuestos casatorios de quebrantamiento de forma. Suponen la infracción de la norma procesal, desde dos perspectivas: 1. Durante la tramitación del procedimiento. 2. Al momento de dictar la resolución (auto o sentencia). Estos motivos son las circunstancias que han de concurrir en un proceso como totalidad o en la sentencia definitiva dictada en el mismo, que determinan taxativamente la admisión y en definitiva la eficacia del recurso de casación por quebrantamiento de forma” (San Martín, 2012).

Asimismo, “si la sentencia o auto incurre en una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionados con la nulidad (casación procesal). Esto quiere decir que se refieren a vicios insubsanables o de carácter absoluto” (Núñez y Alva, 2012). También, “si la sentencia o auto ha sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor (casación procesal). Esta causal ha podido tener cabida en supuestos anteriores, ya sea para una indebida o errónea aplicación de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal (como en la legítima motivación y/o fundamentación de las resoluciones judiciales), y, por otro lado, en la inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionados con nulidad, siendo una causal que implica el quebrantamiento de las formas” (Núñez y Alva, 2012).

10.3.2. Vicios del procedimiento

Los vicios del procedimiento son las “desviaciones de los medios que señala el Derecho Procesal para la dilucidación del proceso. Son los vicios del procedimiento, las irregularidades que afectan a los diversos actos procesales que componen al proceso” (Benavente, Aylas y Benavente, 2010). El recurso de casación es una institución de control “de los vicios de procedimiento, la conclusión es evidente: la Corte Suprema se convierte en juez de los hechos. Esta situación supone excepcionar la regla según la cual los jueces de casación no son jueces de los hechos, pero esta excepción no reviste riesgo alguno de convertir a la casación en una tercera instancia, ni prioriza la justicia del caso concreto, ni -por último- entraña peligro alguno para la uniformidad de la jurisprudencia” (Benavente, Aylas y Benavente, 2010). Caso contrario se estaría vulnerando: a) el derecho de defensa; y, b) incompetencia por razón de materia.

a) Restricción irrazonable del derecho de defensa

El motivo para la interposición del recurso “tiene incidencia directa en los derechos constitucionales de defensa y en el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído (art. 24.2 CE: vid. SSTS de 6 abril 1990 y 21 junio 2000). Deja a salvo, sin embargo, de acuerdo con el art. 180, el principio de subsanación de la citación mal efectuada por la comparecencia posterior del interesado, siempre que esta posibilite el ejercicio de sus derechos constitucionales” (Moreno y Cortez 2005).

Así, “la finalidad de esta causal, es asegurar la correcta celebración del acto oral o del proceso en general con citación de todas las partes del enjuiciamiento, evitando la indefensión de aquella que habiendo adquirido la condición de parte no hubiere sido citada” (San Martín, 2012). Además, configura dicha causal cuando se infringe el principio de contradicción, es decir, que se haya omitido citar para el juicio oral o en el curso de la instrucción a una parte admitida en el proceso” (San Martín, 2012).

Por otro lado, la vulneración al “derecho a la prueba, que implica la indebida denegación de un medio de prueba pertinente, de posible realización y propuesto en el tiempo y forma prescrita por la ley; de preguntas pertinentes y adecuadas a un testigo, perito o imputado; de preguntas que no son capciosas o sugestivas, siempre que en los dos últimos casos como es obvio sean especialmente determinantes para la justa resolución del proceso” (San Martín, 2012).

Ahora cuando se lleva adelante un juicio contra un acusado, pese a la incomparecencia de otros imputados, medios probatorios ofrecidos en modo y tiempo previsto por la ley, no obstante que resulta indispensable su comparecencia o su actuación en aras de garantizar el efectivo derecho de defensa del acusado presente. Este supuesto tiene esencia en la existencia de causas fundadas que se opongan a juzgar a un imputado con independencia

de otros” (Benavente, Aylas y Benavente, 2010) también, cuando en la sentencia no se exprese de forma cuales son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, implique la predeterminación del fallo” (Moreno y Cortez, 2005).

b) Incompetencia por razón de materia

Debe entenderse por incompetencia, por razón de materia, “cuando se da al hecho punible objeto del proceso penal o a un acto procesal concreto un trámite o procedimiento que no le corresponde o se encarga su tramitación y resolución a un Órgano jurisdiccional distinto del previsto por la ley” (San Martín, 2012). Los supuestos de la competencia material son los siguientes: “Cuando la ley asigna a una determinada infracción penal un preciso procedimiento penal (ordinario, a los delitos menos graves; especial por razón del delito, a los delitos más graves, y por faltas, para las faltas), que es el caso de la denominada competencia objetiva” (San Martín, 2012).

San Martín (2012) manifiesta que la ley asigna a determinadas personas, en relación a la función que desempeñan, un procedimiento especializado (caso de los altos dignatarios, de los magistrados, de los militares, por delitos funcionales) denominado competencia *ratione personae* (San Martín, 2012). Asimismo, “cuando la ley asigna con toda precisión los órganos jurisdiccionales que han de intervenir en cada etapa del procedimiento o en cada concreto acto procesal que se lleva a efecto (conocimiento del recurso de apelación, de las recusaciones, de las medidas cautelares y coercitivas en general, etc.), que es el caso de la competencia funcional” (San Martín, 2012).

10.3.3. Vicios por defectos de la sentencia

Los vicios por defectos de la sentencia son también “denominados vicios del juicio del tribunal o infracción en el fondo; configuran irregularidades o defectos o errores en el

juzgamiento, esto es, en la decisión que adopta el magistrado” (Benavente, Aylas, Benavente, 2010). Además, “este vicio es aquel que afecta el fondo o contenido y está representado comúnmente en la violación del ordenamiento jurídico (sustantivo) que tiene lugar cuando se aplica al asunto controvertido una ley que no debió ser aplicada, o cuando no se aplica la ley que debió aplicarse, o cuando la ley aplicable es interpretada y por ende aplicada deficientemente. A la violación del derecho (denominada también error de derecho o error *in iure*) se suma el error de hecho o error *in facto* que afecta indiscutiblemente el fondo, formando también así parte del vicio *in iudicando*” (Benavente, Aylas, 2010).

La incongruencia omisiva, se evidencia “cuando falta del todo la exposición de los motivos sobre un punto de la decisión. Ello se presenta cuando, ya sea por la estructura de la imputación, ya por el modo como se ha planteado la indagación, surja un punto de indagación de particular consistencia, o uno o más puntos hayan venido a ser objeto de más cuidadosa y controvertida investigación, o por el contrario de pacífica admisión; y, no obstante, ello, no ha merecido por el tribunal de instancia la concisa exposición de los motivos de hecho y de derecho que corresponda” (san Martín, 2012).

Asimismo San Martín (2012) manifiesta que “la falta de claridad de los hechos, se produce cuando la relación de los hechos probados que se hace en la sentencia aparece confusa, dubitativa o imprecisa. En este caso, el Juzgador ha empleado expresiones ininteligibles u oscuras, que hacen difícil la comprensión del relato, o incurrido en omisiones que alteran su significado y dejan prácticamente sin contenido específico la narración de los hechos”.

Por otro lado, debe “entenderse por contradicción de los supuestos facticos, cuando se emplea en la sentencia, en el extremo referido a los hechos probados, términos o frases

que por ser antitéticos resultan, incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una, resta eficacia a la otra, porque resultan incompatibles al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos” (San Martín, 2012).

10.3.4. Casación sustantiva: Infracción a la ley

Por un lado “el art. 348 del Código de 1991 reconoce cuatro motivos de casación de fondo. Dicho artículo no solo incluye la infracción de la ley material, sino también el error en la apreciación de la prueba. Se trata de defectos censurables en casación (...) que se producen en el momento de la sentencia y que afectan al razonamiento jurídico y fáctico que debe hacer el órgano judicial; lo que permite, en consecuencia, es denunciar los posibles errores que se hayan cometido en esa actividad intelectual del órgano judicial” (San Martín, 2012).

Por otro lado, Núñez y Alva (2012) manifiestan que “si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia, con indebida o errónea aplicación de alguna de las garantías constitucionales de carácter procesal o material (casación constitucional). Dentro de esta causal se puede apreciar que la Sala Penal de la Corte Suprema podrá realizar un control no solo legalista de las decisiones jurisdiccionales de instancias inferiores, sino que el mismo también abarca el control constitucional. Si bien en su origen, el recurso de casación nació como un medio que buscaba proteger o cuidar la correcta aplicación e interpretación de la ley, al día de hoy tal ámbito de protección o de vigilia se ha extendido para la protección de aquellas garantías materiales o procesales que tienen connotación constitucional, garantías que no pueden ser soslayadas por los órganos jurisdiccionales de mérito”.

También, “se plantea cuando 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, o cuando fuese manifiesta la ilogicidad de la motivación” (Benavente, Aylas , Benavente, 2010). En ese sentido, se refiere al juicio jurídico del órgano judicial en la sentencia; se concreta en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal” (Moreno y Cortez, 2005). En ese sentido, se advierte cuatro tipos de errores, entre ellos tenemos:

a) Error en la tipicidad

Nuestro Código Penal, siguiendo los modelos italiano y suizo, al decir de Hurtado Pozo, “adoptó una Clasificación bipartita de las infracciones penales: delitos y faltas. Los libros Primero y Segundo del Código Penal tratan de los delitos y el libro Tercero de las faltas” (San Martín, 2012).

b) Error por inobservancia de las eximencias de responsabilidad penal

“El Capítulo III del Título II “Del Hecho Punible” del Libro Primero del Código Penal trata sobre las “causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal”. El artículo 20º, reúne las causas que niegan lo siguiente: 1) la conducta o comportamiento humano (fuerza física irresistible); 2) la antijuricidad penal (causas de justificación: legítima defensa, estado de necesidad justificante, obediencia jerárquica, consentimiento y obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo); 3) la imputabilidad (causas de exclusión de la culpabilidad: minoridad y anomalía psíquica grave, grave alteración de la conciencia o grave alteración en la percepción); 4) la exigibilidad penal (causas de exculpación: estado de necesidad exculpante y miedo insuperable)” (San Martín, 2012).

c) Error en la apreciación jurídico-sustantivo

En rigor, este es el motivo más genuino de la casación y, en puridad, engloba a los dos anteriores. Por este motivo, para San Martín (2012) se denuncia “...la violación de un

precepto legal por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación (...).

La infracción denunciada está referida a un precepto legal de decisiva influencia en la parte resolutive de la sentencia o auto. Se descarta la infracción de doctrina legal o vulneración de doctrina jurisprudencial”.

d) Error fáctico

“Este motivo es, en puridad, perturbador e incompatible con la específica naturaleza del recurso de casación, puesto que la valoración probatoria, en sí misma, como juicio sustitutivo del tribunal superior, está por completo descartada por imperio del art. 349º del Código de 1991. Señala el art. 348º.4 del Código de 1991 que esta causal es procedente “...si se tiene por acreditado un hecho decisivo [...] A pesar de que en autos no existen pruebas del hecho invocado”. (San Martín, 2012).

10.4. El recurso de casación en el Código Procesal Penal

El antecedente de este recurso se halla en el Código Procesal Penal de 1991, que regulaba la casación penal como un recurso devolutivo y a diferencia del ordenamiento procesal civil, no suspensivo. Así, el artículo 346 de dicho texto legal señalaba que el recurso de casación de forma versa sobre violaciones de trámites esenciales del procedimiento, mientras que el recurso de casación de fondo se circunscribe a las infracciones de la ley que influyeron decisivamente en la parte resolutive de la resolución recurrida (Oré, 2012).

Mediante el recurso de casación, la Sala Penal Suprema coteja la sentencia recurrida con las normas del Derecho material, es decir, su control se ciñe a la debida aplicación del derecho sustantivo, definido entonces como un recurso circunscrito a las cuestiones de Derecho, y del mismo modo controla que las instancias inferiores hayan cumplido con sustanciar las causas de acuerdo con las normas informadoras del debido proceso (Pérez y Alva, 2012).

El Código Procesal Penal del 2004 se regula exhaustivamente la casación penal. Por lo reciente de su entrada en vigencia, aún no se ha presentado ningún caso que llegue hasta la instancia casatoria, sin embargo, no dudamos que en algún momento ello sucederá, frente a lo cual estaremos atentos a fin de analizar en qué medida la regulación propuesta en el referido código es la más idónea (Benavente, Aylas y Benavente, 2010).

Según Sánchez (2013), la ley procesal establece los objetos impugnables del recurso de casación. Así, precede contra las sentencias definitivas, autos de sobreseimiento, que pongan fin al procedimiento, que extingan la acción penal o la pena, entre otros; precisando que en el caso de autos que pongan fin al procedimiento, que el delito sea sancionado en la ley con una pena de 6 años en su extremo mínimo; igualmente en el caso de sentencias, la pena por el delito más grave en su extremo mínimo debe ser mayor a 6 años y, en el caso de sentencias sobre medida de seguridad, cuando se trate de internación. También comprende los supuestos de responsabilidad civil, fijándose los montos respectivos.

10.5. Tipos de casación

Nuestro código prevé la existencia de dos casos de casaciones: la ordinaria y la excepcional. En ambas se exige la concurrencia de las causales previstas en el art. 429; sin embargo, en la primera clase de casación necesariamente se debe observar la formalidad del objeto impugnado, en cambio, en la segunda clase, este requisito se obvia, y solo se requiere fundamentar la necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial en los términos expuestos. (Sánchez, 2013).

10.5.1. Casación ordinaria

Procede en supuestos cerrados, delimitados por el legislador. En esta forma de casación, el objeto impugnado está limitado a criterios de naturaleza cualitativa, determinadas

resoluciones judiciales; y a criterios de naturaleza cuantitativa', el primero, la *summa poena* (pena mínima), cuando se refiere a las penas privativas de la libertad; el segundo, la *summa gravaminis* (valor de agravio o gravamen), cuando se refiere a las medidas de seguridad, cuando la impugnación se refiera a la responsabilidad civil y cuando, igualmente, refiriéndose a la reparación civil, el objeto no pueda ser valorado (Yaipén, 2014).

10.5.2. Casación excepcional

El propio CPP, en su artículo 427°.4, se encarga de rotular a este tipo de casación como “excepcional”, pues su tenor reza de la siguiente manera: “Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial” (Yaipén, 2014).

Con esta normativa se introduce la llamada casación excepcional, que es autónoma en su configuración, como supuesto de procedencia independiente y que además no está condicionado ni a la *summa poena* ni a la *summa gravaminis*. No está sujeto a los criterios cualitativos exigidos para cualquier decisión jurisdiccional que pretenda llegar al tribunal de casación -supuestos de procedencia previstos en el numeral 1 del artículo 427° del CPP-, ni a las limitaciones cuantitativas de la pena mínima ni al valor del agravio o gravamen contenidas en los numerales 2 y 3 del artículo 427° del CPP” (Yaipén, 2014).

CAPITULO III

ANTECEDENTES DE LA “CONDENA DEL ABSUELTO”

1. Aspectos generales

La figura jurídica de “la condena del absuelto” no se encontraba presente en el Código Penal de 1940, empero Salas (2013) señala que en el nuevo Código Procesal Penal, los artículos 419° y 425° contemplan un supuesto de revocación del fallo absolutorio por uno condenatorio, sin contemplar la posible revisión de este, siendo una posible solución la creación de una función de revisión de mérito en otra Sala Superior (Salas, 2011). Asimismo, según Armenta (2007) “(...) cuando revoque una absolutoria de primera instancia a partir de un recurso de apelación, precisará de la inexcusable celebración de vista, si los medios de prueba practicados en la primera instancia precisan de la inmediación y la contradicción de las restantes partes (...)”

Es importante mencionar que la institución de “la condena del absuelto”, es un cuerpo normativo relativamente nuevo en el Perú, anteriormente el tribunal de segunda instancia no tenía la facultad de condenar al absuelto con el cuerpo normativo que regulaba el proceso penal; en la actualidad ahora sí puede hacerlo con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal del 2004. (Vargas, 2015).

Podemos inferir, que la “condena del absuelto” consiste en condenar en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia. En ese sentido Núñez (2013) manifiesta que esta figura se da cuando el imputado absuelto por el Juez de primera instancia es condenado por la Sala Penal Superior al resolverse el recurso de apelación.”

Asimismo, Vargas (2015) manifiesta que: “cuando se habla de la condena del absuelto no referimos a la facultad que tiene la Sala Penal de Apelaciones para revocar una sentencia absolutoria e imponer una condena en el juicio de apelación.”

En ese sentido “si el recurso de apelación es estimado por razones de fondo, no debe existir ninguna razón para que el Juez ad quem se abstenga de emitir una sentencia condenatoria, revocando la de primera instancia”. (San Martín, 2001)

A nivel supranacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos mantiene una postura radical y garantista a la vez sobre esta institución: “la Corte se pronunció sobre el alcance del artículo 8.2.h de la Convención, en cuanto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución. Así estableció que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado, y obviamente debe ser garantizado a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria, pues lo contrario implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena” (Neyra, 2015).

En conclusión, “la condena del absuelto” implica que se ha vulnerado el derecho que tiene todo acusado a impugnar la condena impuesta en el juicio de apelación, y que pese a ser la primera condena, contra esta simplemente ya no se podrá interponer el recurso (ordinario) de apelación, quedando como única opción interponer el recurso de casación (Vargas, 2015).

2. Legislación nacional

Como se ha señalado, esta institución nace con el Código Procesal Penal del 2004, que concede la facultad de revocar un fallo absolutorio por uno condenatorio en la Sala Penal de Apelaciones. En ese sentido, la condena del absuelto se constituye “como una de las

novedades que han sido introducidas en nuestro Nuevo Código Procesal Penal a través de los artículos 419.2 y 425.3.b; esta figura permite revocar una sentencia absolutoria de primera instancia, para que en segunda instancia, pueda ser reformada por una sentencia condenatoria (...)” (Núñez, 2013)

En el mismo sentido, Vargas (2015) manifiesta que “(...) la condena del absuelto tiene como base legal los artículos 419°.2 y 425°.3b del Código Procesal Penal; a partir de esta norma la Sala Penal Superior puede resolver el recurso de apelación”.

El profesor de la Universidad San Martín de Porres, Fernando Núñez, refiere que: “El Artículo 425° del Nuevo Código Procesal Penal permite condenar en segunda instancia al procesado absuelto en primera instancia según el Nuevo Código Procesal Penal; en dicho Artículo se refiere que la sentencia de segunda instancia (dentro de los límites del recurso) puede confirmar o revocar la sentencia apelada, si la sentencia en primera instancia es absolutoria se puede dictar sentencia condenatoria imponiendo una pena y con ella su reparación civil”. (Núñez, 2013).

Tal como se ha mencionado líneas arriba, esta institución transgrede no solo el derecho fundamental a la pluralidad de instancias sino también normas de carácter supranacional que respaldan el derecho anteriormente señalado. Al respecto, el juez supremo Salas Arenas indicó lo siguiente: “el artículo 419.2 como el artículo 425.3.b del Nuevo Código Procesal Penal, en cuanto se refieren a la condena al absuelto, colisionan con varias normas fundamentales; así el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y principalmente el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...)” (Salas, 2011). De ello se puede advertir, que ambas normas protegen los derechos de los sentenciados.

En consecuencia, se considera que la norma de la Convención es amplia y permite que toda persona que vea afectados sus derechos por un fallo judicial tenga derecho al recurso, en cuanto a condena se refiere, pues implica la privación de la libertad, pero eso tampoco va a afectar que las pretensiones de las demás partes no tengan tutela (Conejo, 2007).

3. Convenios internacionales

Es importante mencionar que la legislación internacional posee un fundamental en las legislaciones nacionales, de tal forma que nuestro país aceptó como jurisdicción a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que va a proteger y garantizar los derechos y garantías de toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Salas, 2011).

En ese sentido, la condena del absuelto permite recurrir ante un fallo en primera instancia a un Juez o Tribunal Superior. En la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentra en el artículo 8.2 h., y en el Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esta última norma refiere que el derecho al recurso se dará cuando se dé un fallo condenatorio y se imponga una pena” (Conejo, 2007).

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta que el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado; y por otro lado, resulta contrario que ese derecho específico no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. (Vargas, 2015)

Para Núñez (2013), “el principal argumento de cuestionamiento es por el hecho de que a un imputado condenado recién en segunda instancia, esto es, cuando previamente fue absuelto en primera instancia, se le niega el derecho a una revisión integral de su sentencia condenatoria, no asegurándose con ello una real y eficaz doble instancia (...)” (Núñez,

2013). Por lo mismo quien va proteger estos derechos son las instituciones supranacionales ya mencionadas.

4. Doctrina jurisprudencial nacional sobre la “condena del absuelto”

En el sistema procesal peruano el primer intento de unificación jurisprudencial en la institución de la “condena del absuelto” se realizó en el año 2011 en el “VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema”, en efecto, uno de los puntos versó sobre el derecho de recurrir al fallo condenatorio. Salas Arenas refiere que constituye una garantía primordial que una sentencia adversa pueda ser revisada por un Juez o Tribunal Supremo con el fin de proteger el derecho de defensa, otorgándose la posibilidad de interponer un recurso durante el proceso, evitando así que quede firme una decisión tomada con vicios y errores, perjudicando a una persona (Salas, 2011).

El tema de realce jurídico es la doble instancia, donde el tratamiento de revocatoria de la sentencia absolutoria de primera instancia por una de carácter condenatoria, ha dado lugar a lo que se denomina régimen jurídico de “condena al absuelto”, donde incluso fue materia de examen la eficacia de la garantía de la doble instancia reconocida en el inciso 6 del art. 139 de la Constitución Política del Estado (Tribunal Supremo Sala Constitucional y Social Consulta número 2491-2010-Arequipa, fundamento quinto) (Sañas 2011).

Por otro lado, cabe mencionar a la Corte Superior de Justicia de Huaura al aplicar las reglas de la institución procesal de la “condena del absuelto” a través de la Sala Penal de Apelaciones; resolución que fue impugnada y elevaba a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema que luego de efectuar la calificación de la casación, resolvió declarar inadmisibile el recurso (Núñez, 2013). Advirtiéndose con ello que ante la falta de

motivación del recurso de casación en algunos casos y una errónea invocación de causales, existen recursos de casación que fueron declarados inadmisibles, atentando contra el derecho a la pluralidad de instancias.

Siendo una institución que vulnera algunos derechos, consideramos que los artículos que contienen la institución de la “condena del absuelto” deben ser derogados con la finalidad de evitar que se vulneren los derechos del sentenciado –como el derecho al recurso-, por lo que se propone un estudio sobre la legitimidad de esta institución procesal por los Jueces Superiores que conforman la Sala Superior Penal, con observancia de las reglas del recurso de apelación, quedando el recurso de casación como único recurso extraordinario para ser interpuesto cuando así lo determinen los intereses de las partes procesales. Tal como también se ha recomendado en la sentencia de casación N.º 280-2013-Cajamarca precisando que: “(...) estableciendo la necesidad de crear un órgano judicial que pueda realizar el juicio de hecho y de derecho de la condena dictada en segunda instancia, contra una persona que previamente había sido absuelta; asimismo, se solicita se convoque a Sala Plena para adicionar un artículo al rubro del sistema de recursos que habilite el medio impugnatorio de carácter ordinario que dé lugar a la intervención de dicho órgano. (...)”.

Igualmente, la sentencia de casación N.º 385-2013-San Martín afirma que: “(...) Asimismo, en la línea interpretativa de que como Estado Parte de la Organización de las Naciones Unidas-ONU y suscribientes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estamos obligados a cumplir con dichos instrumentos de protección de derechos humanos, razón por la cual se consideró que para no emitir una condena en instancia única se debe habilitar la revisión del fallo en otra instancia. (...)”

5. Doctrina jurisprudencial a nivel nacional de la “Condena del absuelto”

La jurisprudencia nacional ha desarrollado una doctrina jurisprudencial brindando diferentes caminos a la institución de la “condena del absuelto”, con la única finalidad de garantizar la pluralidad de instancias, tal como analizaremos a continuación.

5.1. Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Consulta N° 2491-2010 Arequipa, del 14 de setiembre de 2010

La Sala Penal de Apelaciones de Arequipa dispuso elevar en Consulta N° 2491-2010 a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República. Esta Sala desaprobó la resolución en consulta y dispuso que la citada Sala Penal expida un nuevo pronunciamiento con arreglo a los considerandos expuestos. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República señaló que la institución de la “condena del absuelto” no afecta la denominada garantía de la doble instancia reconocida en la Carta Magna en la medida que satisface las condiciones de igualdad de sucesivos exámenes y decisiones sobre el fondo planteado por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero; asimismo, se señala también que el artículo 425°, inciso 3, literal b, del Código Procesal Penal no vulnera el contenido del artículo 139°, inciso 6, de la Constitución Política del Estado, ni los artículos 10° y 11° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 4°, 14° y 15° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ni el artículo 8°. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando quinto y décimo tercero). Por tanto, para la Sala Suprema la normativa de la “condena del absuelto” cautela la doble instancia-derecho a la instancia plural.

5.2. Sala Penal de Apelaciones de Trujillo en la sentencia recaída en el Expediente N° 02850-2010, del 20 de setiembre de 2011

La Sala Penal de Apelaciones de Trujillo declaró la nulidad de la sentencia absolutoria recurrida, y ordenó un nuevo juzgamiento por otro Colegiado, en razón a la falta de actuación probatoria para condenar al absuelto, porque ello lesionaría el derecho al recurso que ostenta todo justiciable, ello también con aplicación del control de convencionalidad, aplicó vía control difuso inaplicar la normativa que respalda la institución de la condena del absuelto, pues el recurso de casación no constituye un recurso pleno o eficaz.

5.3. Sentencia de Casación N.° 195-2012-Moquegua

En esta sentencia, la Corte Suprema explica la constitucionalidad de las normas que facultan al juzgador de segunda instancia a revocar la sentencia absolutoria de primera instancia, concluyendo que la condena del absuelto no es incompatible con las garantías constitucionales que invoca el Estado, respecto del derecho al recurso del fallo condenatorio. En ese sentido, la Corte Suprema manifiesta que la sentencia adversa debe ser revisada por un Juez o Tribunal distinto y de superior jerarquía, a efectos de otorgar la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, brindando mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Enfatiza necesidad de prueba para efectos de condenar al absuelto. El caso concreto, declaró nula la sentencia de primera y segunda instancia y se dispuso nuevo juzgamiento.

5.4. Sentencia de casación N.° 280-2013-Cajamarca

La presente Ejecutoria Suprema marca la diferencia existente entre el recurso de apelación y la casación como medios impugnatorios, precisando que la casación penal no

es apta como recurso para salvaguardar el derecho a recurrir del justiciable, ya que no es un recurso impugnatorio de carácter ordinario. Establece la necesidad de crear un Órgano judicial que pueda realizar el juicio de hecho y de derecho de la condena dictada en segunda instancia contra un justiciable absuelto. Invoca a Sala Plena para adicionar un artículo al rubro del sistema de recursos que habilite el medio impugnatorio de revisión de la condena del absuelto.

5.5. Sentencia de Casación N.º 385-2013-San Martín

La presente Ejecutoria Suprema afianza las posturas anteriores, respecto a que una decisión condenatoria debía tener la posibilidad de ser revisada por un Tribunal jerárquico superior al que lo emitió, precisando las facultades de la Sala Penal Superior, en cuanto a la actuación de nueva prueba en vía de apelación. Siguiendo la línea interpretativa de los organismos internacionales que recomienda cumplir con los instrumentos de protección de derechos humanos, recomendado habilitar la revisión del fallo en otra instancia.

5.6. Sentencia de Casación N.º 194-2014-Ancash

Esta Ejecutoria Suprema precisa que existen pronunciamientos previos concluyendo que no está en debate la posibilidad de condenar en segunda instancia, sino que dicha condena pueda tener a su disposición un recurso devolutivo, esto es, un recurso de apelación, donde el juzgador tenga facultadas amplias de control. En consecuencia, debido a que es el recurso de apelación el medio habilitado para dicho fin, al descartar que dicha posibilidad sea satisfecha por el recurso de casación, que es un recurso limitado, reitera la necesidad de crear Salas Revisoras, pero ante la ausencia de estos órganos recomienda la nulidad de los procesos ordenándose la realización de nuevo juzgamiento.

5.7. Sentencia de Casación N.º 454-2014-Arequipa

La Ejecutoria Suprema precisa que el encausado no cuenta con un recurso impugnatorio con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a recurrir ese fallo condenatorio ante un juzgador con facultades de control amplias. Tampoco existe una Sala Especializada que actúe como revisor de la sentencia condenatoria de segunda instancia. Por tanto, conforme los fundamentos precedentes, la falta de un presupuesto procesal de existencia impone la anulación de todo el proceso hasta el juicio oral de primera instancia. De este modo, si el procesado es encontrado responsable del ilícito penal que se le imputa, esa sentencia condenatoria podrá ser revisada por un tribunal superior con facultades amplias de control mediante la apelación del fallo condenatorio, respetando de esta manera sus derechos fundamentales.

5.8. Sentencia de Casación N.º 499-2014-Arequipa,

La presente Ejecutoria Suprema precisa que el Juez no puede dejar de resolver, y la única solución provisional posible es declarar nula la sentencia recurrida, pues de otra forma se afectaría el citado derecho, en ese sentido la Corte Suprema no convalido la condena del absuelto.

6. Posiciones de la doctrina nacional con respecto a la “condena del absuelto”

En la actualidad, existe una gran controversia sobre la condena del absuelto. La doctrina se muestra dividida entre aquellos que se muestran a favor y los que se muestran en contra de dicha institución. Dentro de estas discusiones la doctrina procesalista penal menciona que cuando el órgano jurisdiccional de primera instancia (*ad quo*) decide absolver al imputado, permitiéndose que la mencionada decisión pueda ser materia de impugnación por parte del Ministerio Público, llevándose a cabo una segunda instancia en contra del absuelto (*ad quem*), vulnerándose, eventualmente, el principio que proscribe la doble persecución del mismo hecho. (Núñez, 2013)

Neyra (2013) manifiesta que se ha empezado a discutir la constitucionalidad del recurso de apelación cuando es ejercido por el Ministerio Público contra una resolución absolutoria con el objetivo de que se condene al imputado, o contra una resolución aun siendo condenatoria no impone la cantidad de años que el acusador cree que debería dársele al procesado, buscando el aumento de la sanción.

Por otro lado la Comisión de Derecho Penal de la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público (2013) de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, para legitimar la existencia del condena del absuelto con base en la celeridad procesal y de acuerdo a la existencia del derecho al plazo razonable, refiere que, una interpretación literal en el sentido señalado y absoluta del art. 14.5 del PIDCP, incurre en un serio problema de unilateralismo interpretativo y por ende de ilegitimidad constitucional e incluso contra el propio PIDCP.

Así, “la regulación de la condena del absuelto en nuestra legislación, infringe lo dispuesto en el párrafo 5 del art. 14 del PIDCP, puesto que, el condenado no dispone una instancia superior que revise la condena impuesta en segunda instancia (primera condena del imputado), tal como lo exige de forma expresa el Pacto (...)”. (Oré, 2011)

Por último, siguiendo la misma línea, Vargas (2015) precisa que la condena en segunda instancia, en sí misma, no vulnera la pluralidad de instancias, pero lo que si contraviene la referida disposición, es la limitación que pesa sobre el imputado, al ser condenado por primera vez en vía de apelación. En cuanto al contenido constitucional, se puede sostener que cuando se limita el derecho a impugnar del condenado por primera vez en segunda instancia, arguyendo que nuestro sistema ha cumplido con el derecho a la doble instancia, en realidad echamos mano de un tecnicismo jurídico, para enmascarar el perjuicio a la tutela judicial efectiva del imputado.

CAPITULO IV

METODOLOGÍA

1. Diseño metodológico de la investigación

La presente investigación ha desarrollado un conjunto de procedimientos para dar respuesta a la problemática de investigación a través del planteamiento de hipótesis, cuya finalidad es alcanzar los objetivos de investigación propuestos.

1.1. Tipo de Investigación

Es una investigación intermedia por cuanto se obtendrá un conocimiento jurídico a partir de la revisión de la doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de Justicia, análisis de la doctrina nacional y el derecho comparado versados en la materia de impugnación.

1.2. Nivel de Investigación

La investigación es descriptiva-explicativa. El primero por cuanto se detalla cada una de hipótesis planteadas. Y respecto al segundo por cuanto señala la correlación existente entre las hipótesis planteadas.

1.3. Método utilizado en la investigación

La investigación aplicó el método deductivo-explicativo, puesto que se procedió a inferir a partir de las variables planteadas, pasando a establecer la relación de causa efecto entre las mismas. Explicativo porque las hipótesis planteadas van más allá de la simple descripción de la relación entre conceptos, es decir, se dirigió a indagar las causas de la problemática planteada y su relación entre las variables planteadas.

2. Aspectos éticos de la investigación

El presente estudio se ha desarrollado bajo el cumplimiento de los aspectos éticos de investigación, por ello declaro bajo juramento que la fuente bibliográfica, hemerográfica y/o electrónica consultada ha sido citada conforme a la Resolución Decanal N°804-2018-D-FD; asimismo, la investigación es de mi autoría, asumiendo plena responsabilidad ante la universidad y las autoridades respectivas.

En este trabajo de investigación no se desarrollan estudios experimentales (laboratorio); por lo tanto, las directrices del ámbito experimental quedan descartadas, no obstante, el trabajo de investigación de la condena del absuelto, cuenta con un trabajo de campo efectuado con las ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia.

La investigación de la condena del absuelto fue producto de la experiencia como Secretario de Confianza de la Corte Suprema de la República y directo testigo de cómo se vulneraron los derechos fundamentales del condenado en segunda instancia al limitarlo interponer solo el recurso de casación. Por tanto, en la presente investigación, se citan a los autores examinados en el desarrollo de la condena del absuelto, la misma que resguarda la propiedad intelectual-derechos de autor.

3. Hipótesis de la investigación

3.1. Hipótesis General

Del análisis de la normativa procesal 2004 y la doctrina jurisprudencial se advierte la carencia de un recurso idóneo para recurrir en los casos de condena del absuelto. Ello se advierte en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia durante los años 2012 al 2016.

A partir de las múltiples Ejecutorias Supremas como: la sentencia de casación N° 195-2012, sentencia de casación N° 40-2012, sentencia de casación N° 280-2013, sentencia de casación N° 385-2013, sentencia de casación N° 194-2014, sentencia de casación N° 542-2014, sentencia de casación N° 454-2014, y la sentencia de casación N° 499-2014, se delimitó el problema de investigación y a la vez se propuso un tamiz de soluciones que se tuvo en cuenta.

3.2. Población-muestra

La dimensión jurídico-social de la investigación involucra el desarrollo del derecho procesal penal, que ha sido desarrollada en la Corte Suprema de Justicia, contribuyendo a identificar el desarrollo jurisprudencial de la institución de la “condena del absuelto”. Los elementos involucrados son los jueces de la Republica, así como la defensa técnica de los justiciables.

La encuesta se llevó a cabo a los profesionales del ámbito judicial, proceso imprescindible para confirmar las unidades de análisis. Las unidades de análisis-observación suman un total de 20, entre ellos 05 Magistrados especialistas en la materia procesal-penal, 5 Fiscales en igual materia, 5 catedráticos en materia penal y procesal, y 5 Abogados penalistas en ejercicio. Especialistas en el tema a quienes se les aplicó el cuestionario.

Durante la aplicación del método de encuesta se efectuó el mismo de forma aleatoria y se tuvo como resultado:

Tabla 1. Con la dación del Código Procesal Penal-2004, se instauró normativamente la condena del absuelto, ¿esta institución procesal trasgrede el derecho del debido proceso?

Con la dación del Código Procesal Penal-2004, se instauró normativamente la condena del absuelto, ¿esta institución procesal trasgrede el derecho del debido proceso?	Frecuencia	Porcentaje
Si	18	90
No	2	10
Total	20	100

Figura 1. Con la dación del Código Procesal Penal-2004, se instauró normativamente la condena del absuelto, ¿esta institución procesal trasgrede el derecho del debido proceso?

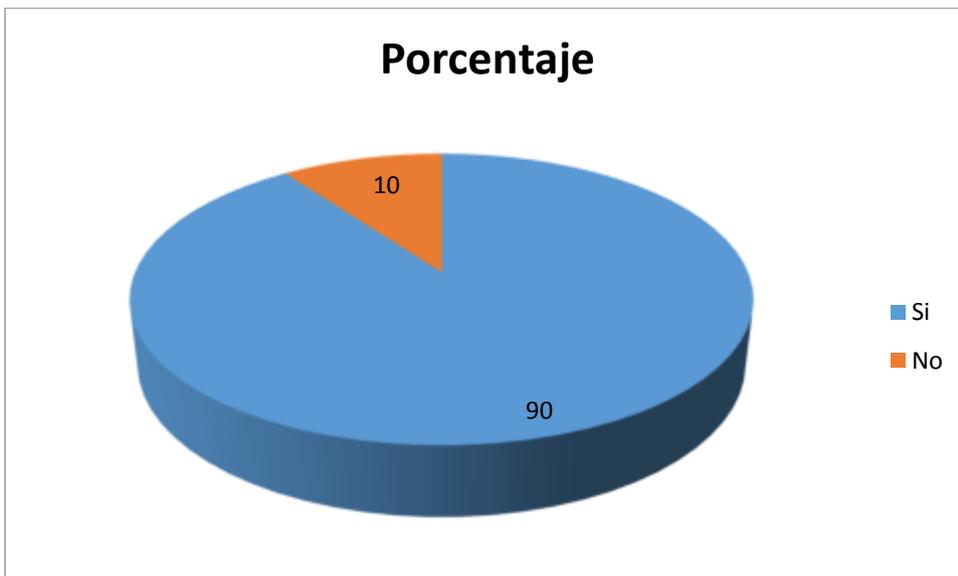


Tabla 2. Las normas instauradas en el Código Procesal Penal-2004, como los artículos 419° inc. 2 y 425° inc. 3 lit. b), permiten al Juez Ad quem a revocar la sentencia de primera instancia y reformándola emitir sentencia condenatoria, ¿esta institución procesal lesiona el derecho al recurso

Las normas instauradas en el Código Procesal Penal-2004, como los artículos 419° inc. 2 y 425° inc. 3 lit. b), permiten al Juez Ad quem a revocar la sentencia de primera instancia y reformándola emitir sentencia condenatoria, ¿esta institución procesal lesiona el derecho al recurso	Frecuencia	Porcentaje
Si vulnera	16	80
No vulnera	4	20
Total	20	100

Figura 2. Las normas instauradas en el Código Procesal Penal-2004, como los artículos 419° inc. 2 y 425° inc. 3 lit. b), permiten al Juez Ad quem a revocar la sentencia de primera instancia y reformándola emitir sentencia condenatoria, ¿esta institución procesal lesiona el derecho al recurso

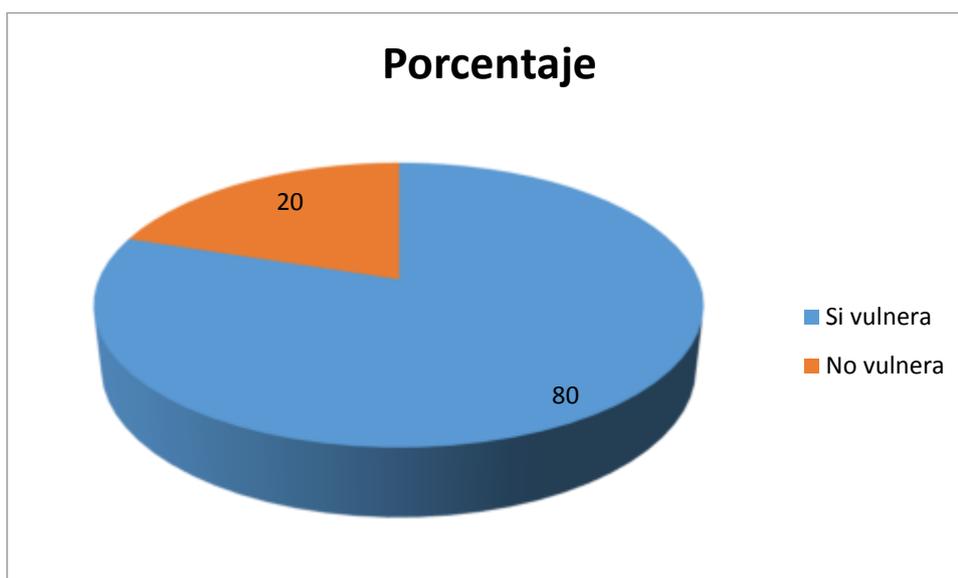


Tabla 3. El derecho al recurso se materializa con el recurso de apelación como derecho fundamental, que puede ser invocado por todo justiciable ante una primera condena en su contra, ¿se vulnera el derecho fundamental al recurso a quien fue condenado en segunda instancia?

El derecho al recurso se materializa con el recurso de apelación como derecho fundamental, que puede ser invocado por todo justiciable ante una primera condena en su contra, ¿se vulnera el derecho fundamental al recurso a quien fue condenado en segunda instancia?	Frecuencia	Porcentaje
Si se vulnera	17	85
No se vulnera	3	15
Total	20	100

Figura 3. El derecho al recurso se materializa con el recurso de apelación como derecho fundamental, que puede ser invocado por todo justiciable ante una primera condena en su contra, ¿se vulnera el derecho fundamental al recurso a quien fue condenado en segunda instancia?

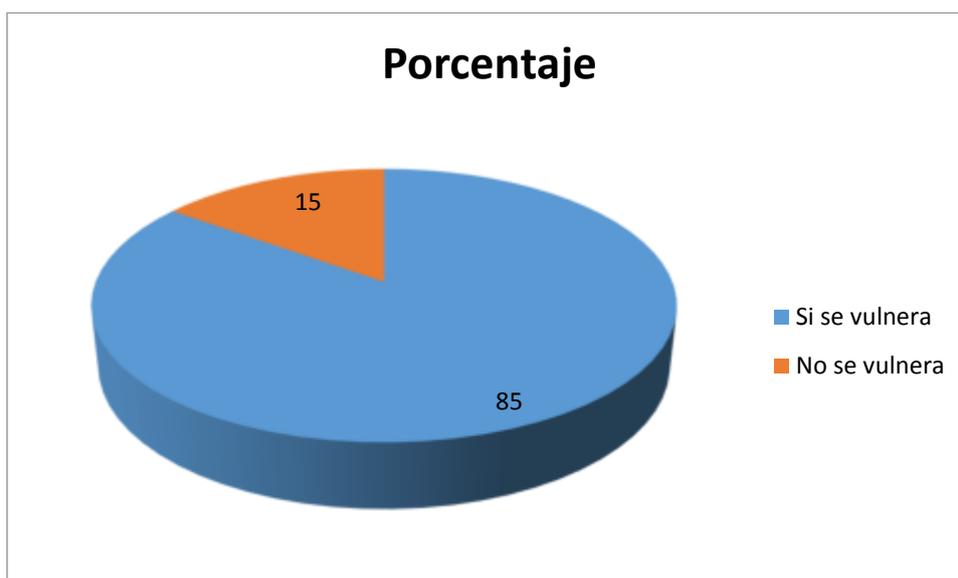


Tabla 4. El Caso Mohamed vs. Argentina resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante el cual ampara: Derecho al recurso, legalidad penal y prohibición de doble juzgamiento, ¿el Estado peruano como en el caso argentino debe acatar su recomendación respecto a la institución de la “condena del absuelto”?

El Caso Mohamed vs. Argentina resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante el cual ampara: Derecho al recurso, legalidad penal y prohibición de doble juzgamiento, ¿el Estado peruano como en el caso argentino debe acatar su recomendación respecto a la institución de la “condena del absuelto”?		
	Frecuencia	Porcentaje
Si	18	90
No	2	10
Total	20	100

Figura 4. El Caso Mohamed vs. Argentina resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante el cual ampara: Derecho al recurso, legalidad penal y prohibición de doble juzgamiento, ¿el Estado peruano como en el caso argentino debe acatar su recomendación respecto a la institución de la “condena del absuelto”?

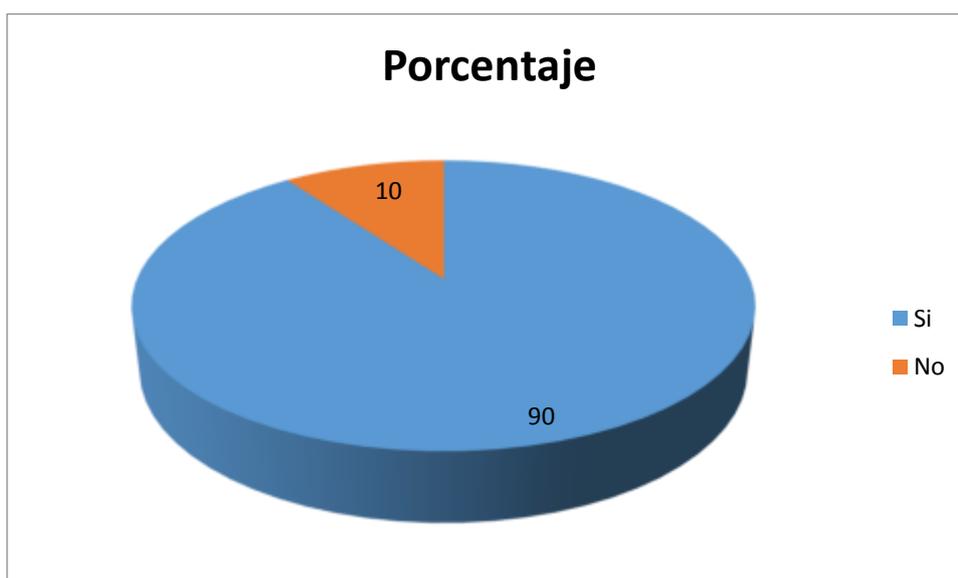


Tabla 5. El recurso de apelación, tiene las características de ser recurso ordinario-pleno; mientras que el recurso de casación es extraordinario, que efectúa un control limitado, ¿el condenado del absuelto en segunda instancia, debe tener a su alcance un recurso con las mismas características del recurso de apelación?

El recurso de apelación, tiene las características de ser recurso ordinario-pleno; mientras que el recurso de casación es extraordinario, que efectúa un control limitado, ¿el condenado del absuelto en segunda instancia, debe tener a su alcance un recurso con las mismas características del recurso de apelación?	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	85
No	3	15
Total	20	100

Figura 5. El recurso de apelación, tiene las características de ser recurso ordinario-pleno; mientras que el recurso de casación es extraordinario, que efectúa un control limitado, ¿el condenado del absuelto en segunda instancia, debe tener a su alcance un recurso con las mismas características del recurso de apelación?

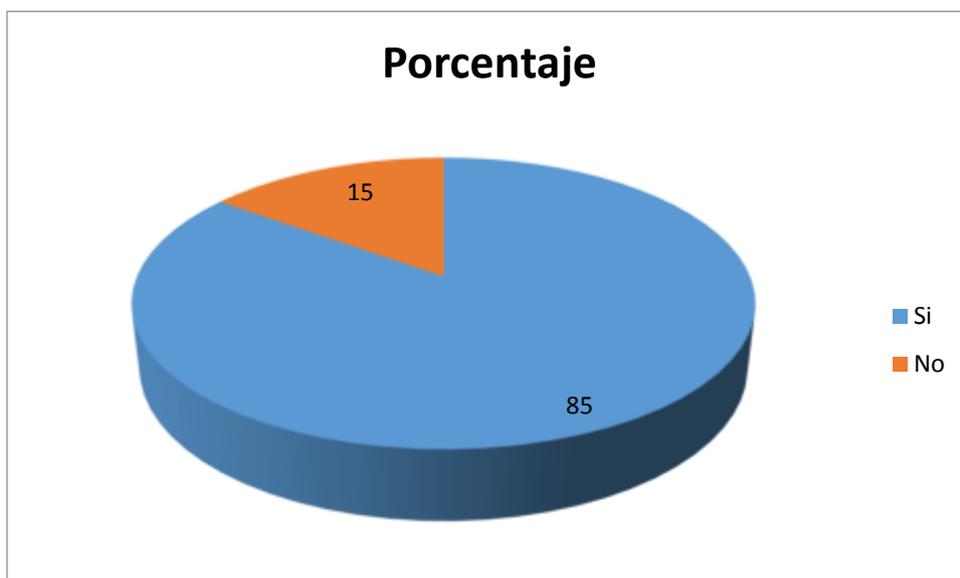


Tabla 6. ¿La institución procesal de la condena del absuelto es una institución procesal favorable para la víctima o encausado?

¿La institución procesal de la condena del absuelto es una institución procesal favorable para la víctima o encausado?	Frecuencia	Porcentaje
Es favorable para la víctima	15	75
No es favorable para la víctima	3	15
Es neutra	2	10
Total	20	100

Figura 6. ¿La institución procesal de la condena del absuelto es una institución procesal favorable para la víctima o encausado?

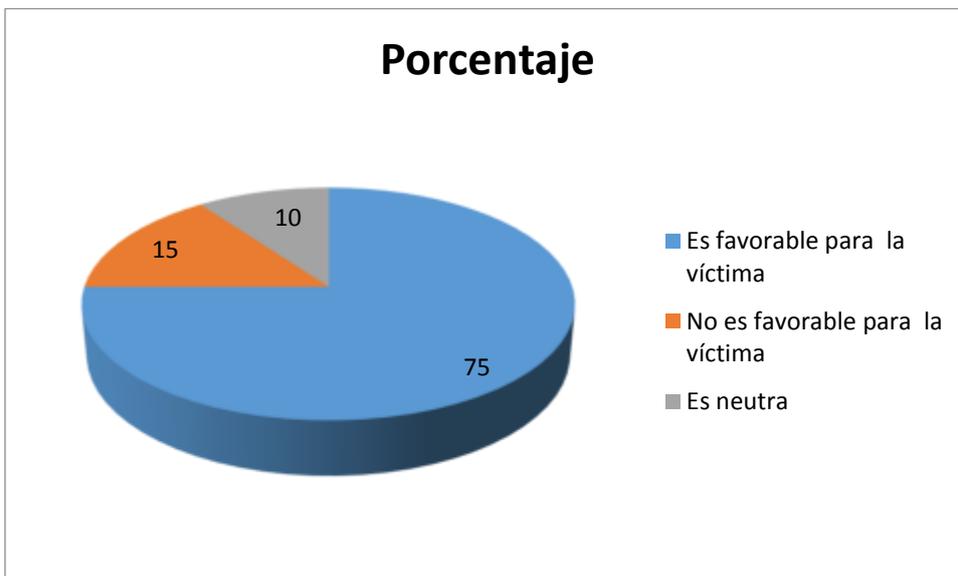


Tabla 7. ¿Respecto a la institución de la condena del absuelto, el Código de Procedimientos Penales de 1940 es más garantista que el Código Procesal Penal-2004?

¿Respecto a la institución de la condena del absuelto, el Código de Procedimientos Penales de 1940 es más garantista que el Código Procesal Penal-2004?	Frecuencia	Porcentaje
Si es garantista	15	75
No es garantista	5	25
Total	20	100

Figura 7. ¿Respecto a la institución de la condena del absuelto, el Código de Procedimientos Penales de 1940 es más garantista que el Código Procesal Penal-2004?

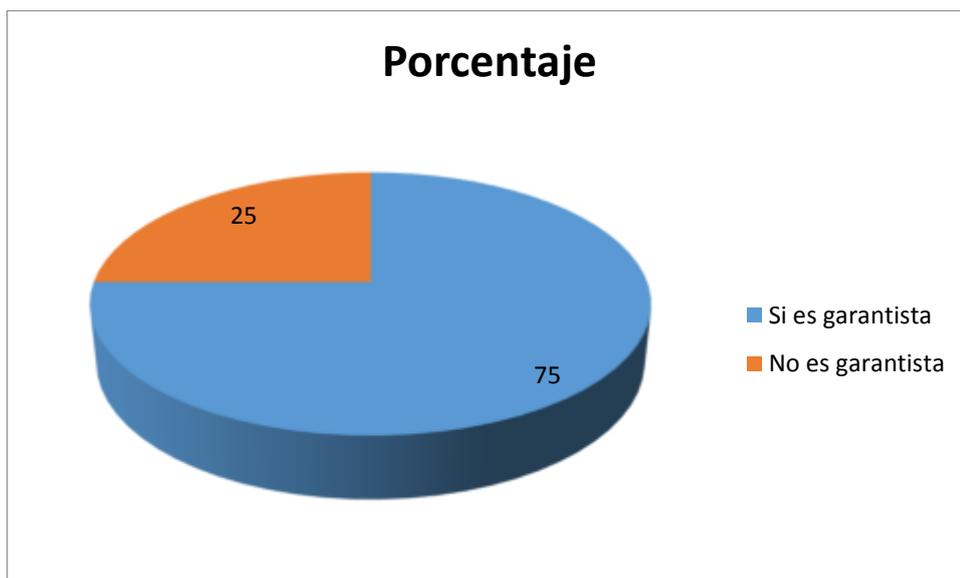


Tabla 8. ¿La institución de la condena del absuelto materializado en segunda instancia, el encausado condenado debe ejercer su derecho impugnatorio con las mismas características del recurso de apelación?

¿La institución de la condena del absuelto materializado en segunda instancia, el encausado condenado debe ejercer su derecho impugnatorio con las mismas características del recurso de apelación?	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	85
No	3	15
Total	20	100

Figura 8. ¿La institución de la condena del absuelto materializado en segunda instancia, el encausado condenado debe ejercer su derecho impugnatorio con las mismas características del recurso de apelación?

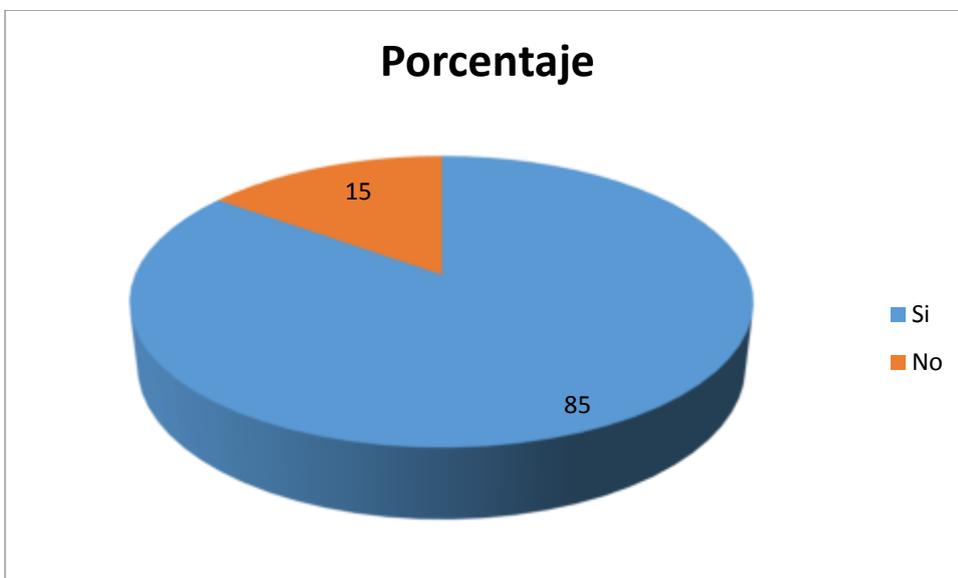


Tabla 9. La pluralidad de instancias regulado en la Constitución del Estado, ¿Se vulnera el derecho de la pluralidad de instancias, cuando la normativa procesal lo restringe solo al recurso de casación, y no de apelación y por ello se recomienda la nulidad del proceso penal?

La pluralidad de instancias regulado en la Constitución del Estado, ¿Se vulnera el derecho de la pluralidad de instancias, cuando la normativa procesal lo restringe solo al recurso de casación, y no de apelación y por ello se recomienda la nulidad del proceso penal?	Frecuencia	Porcentaje
Si se vulnera	17	85
No se vulnera	3	15
Total	20	100

Figura 9. La pluralidad de instancias regulado en la Constitución del Estado, ¿Se vulnera el derecho de la pluralidad de instancias, cuando la normativa procesal lo restringe solo al recurso de casación, y no de apelación y por ello se recomienda la nulidad del proceso penal?

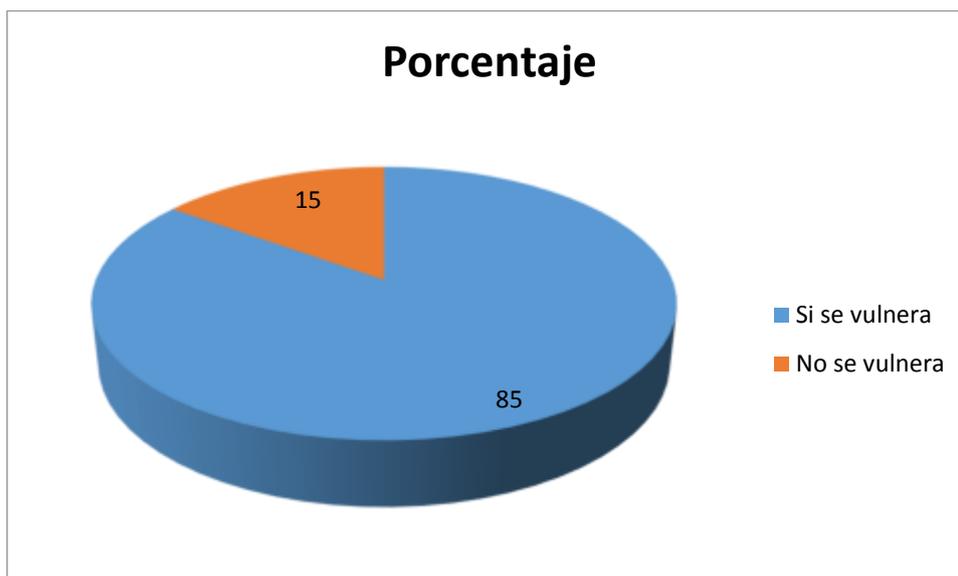
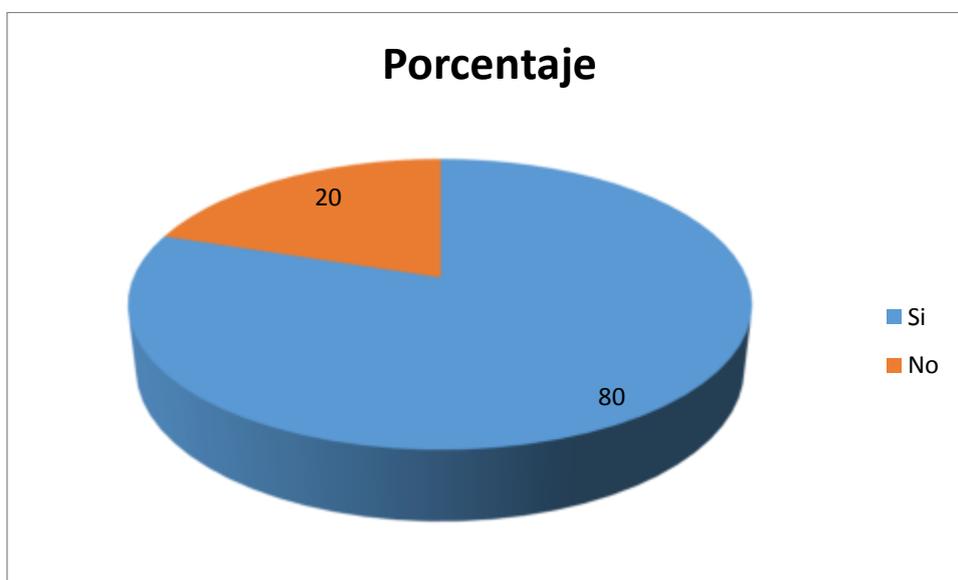


Tabla 10. ¿Debe crearse nuevas Salas Penales Especiales de Apelación, para ver causas de condena del absuelto?

¿Debe crearse nuevas Salas Penales Especiales de Apelación, para ver causas de condena del absuelto?	Frecuencia	Porcentaje
Si	16	80
No	4	20
Total	20	100

Figura 10. ¿Debe crearse nuevas Salas Penales Especiales de Apelación, para ver causas de condena del absuelto?



4. Control de resultados-contrastación

En la contrastación de resultados se determinó que la institución procesal de la “condena del absuelto” al no contar con un medio impugnatorio eficaz en la normativa vigente vulnera el derecho al recurso, al derecho a la igualdad entre las partes procesales. Resultado que se puede contrastar con la doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de Justicia.

CAPÍTULO V

LA CONDENA DEL ABSUELTO Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

1. El recurso de apelación, posible solución a la problemática

El recurso de apelación es uno de los medios impugnatorios más importantes de las resoluciones, que tiene por fin principal la revocación de estas. Se interpone ante la Sala Superior de Apelaciones, pudiendo esta anularla o revocarla, en parte o en su totalidad. La instancia superior tiene “(...) la facultad de que en caso de apelación de sentencia absolutoria se puede dictar sentencia condenatoria, generando gran polémica, ya que tanto en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen que el imputado tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria y a recurrir ante una instancia superior; sin embargo, esto no ocurre en el caso de la condena del absuelto. (Sánchez, 2013)

El recurso de apelación puede ser interpuesto por las partes procesales que hayan sufrido algún agravio por la recurrida. Así, “si la sentencia de primera instancia es absolutoria y el recurso proviene del fiscal, el *Ad quem* puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y la reparación civil a que hubiere lugar, o señalar la absolución por igual o diversa razón a la enunciada por el juez.” (Oré, 2010) El juez tiene conocimiento de la investigación preparatoria y los medios de prueba presentados en la audiencia las mismas que pasan por un *tamiz*, control de legalidad.

En la audiencia de apelación las partes procesales están facultadas para presentar pruebas, esto se rige como sabemos por el principio de inmediación, además que

“(…) serán aplicables las normas relativas al juicio oral de primera instancia. (…) en audiencia de apelación se produce un nuevo juzgamiento, lo cual no es tan cierto puesto que el objeto de la apelación es verificar, como sede de revisión, si se han producidos agravios en la sentencia de primera instancia (…)” (Arbulú, 2012). En la condena del absuelto, si el fiscal observa vicios y/o errores, impugna la sentencia absolutoria en primera instancia para que esta sea revisada por la Sala Superior de Apelaciones.

Así, en el caso de la implementación un recurso de apelación excepcional para analizar la condena del absuelto, la Corte Suprema no debe de conocer este tipo de recursos que posibilitan el reexamen de hecho y de derecho; pues el Tribunal Supremo como el Tribunal de Casación, corre el riesgo de convertirla en una instancia ordinaria.

2. El recurso de casación como aparente solución a la problemática

El recurso de casación es una de las innovaciones del código procesal del 2004 como lo señala el artículo 427°, cuyo fundamento es el principio y derecho de impugnar las resoluciones desfavorables, considerándose que es un derecho constitucional que asegura la interdicción de la arbitrariedad y la unificación de la interpretación de la ley penal sustantiva y procesal (Arbulú, 2012).

En este sentido “la casación es el proceso de impugnación de una resolución judicial, ante el grado supremo de la jerarquía judicial, por razones inmanentes al proceso en que dicha resolución fue dictada, por ello se dice, en primer término, que la casación es un proceso y ésta es una característica que no ofrece dificultad para su justificación, ya que en el recurso de casación, interviene, en todo caso un órgano jurisdiccional que actúa en cuanto tal, desarrollando una función procesal verdadera (…)” (Vargas, 2013); por tal motivo no

se puede considerar a la casación como un simple remedio jurídico, sino como un recurso extra proceso.

Por el contrario, la casación nacional respecto a la condena del absuelto no cumple con los estándares requeridos; si bien es reconocido que la Sala Penal Superior está autorizada a condenar a un absuelto en primera instancia, empero estimó que contra ese fallo se necesita de un nuevo recurso de apelación y una segunda apelación, pues se entiende que existe un derecho de todo imputado de recurrir contra la sentencia que lo condena. (San Martín, 2015)

3. La nulidad de la decisión y del juzgamiento como solución al problema

Luego de haber visto y descartado el recurso de casación como un medio para tutelar el derecho a la doble instancia, la otra alternativa es el hecho de que el Superior Colegiado no haga uso de su facultad de condenar al absuelto y si encontrara elementos probatorios que puedan fundamentar una sentencia condenatoria declare nula la sentencia absolutoria por una mala apreciación de los medios de prueba (nulidad absoluta) (Vargas 2015). Tenemos a las sentencias casatorias:

- **La sentencia de casación N° 195-2012-Moquegua, cinco de setiembre de dos mil trece**, precisa que: “(...) En ese sentido, existió pronunciamiento únicamente sobre el tema doctrinal, y en cuanto al caso concreto (delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado, seguido contra (...), declaró nula la sentencia de primera y segunda instancia, y se dispuso la realización de un nuevo juzgamiento, para lo cual el Tribunal Superior debía tener en consideración los fundamentos esgrimidos en la propia sentencia de casación, al verificar que la cuestionada no cumplía con las exigencias plasmadas (...)”.

- **La sentencia de casación N° 194-2014-Ancash, veintisiete de mayo de dos mil quince**, precisa que: “(...), bajo la línea jurisprudencial anotada y con el objeto de garantizar el derecho a impugnar el fallo (...), corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio del recurso de apelación (...)”.

- **La sentencia de casación N° 454-2014-Arequipa, veinte de octubre de dos mil quince**, precisa que: “(...) conforme los fundamentos precedentes, la falta de un presupuesto procesal de existencia impone la anulación de todo el proceso hasta el juicio oral de primera instancia. De este modo, si el procesado es encontrado responsable del ilícito penal que se le imputa, esa sentencia condenatoria podrá ser revisada por un tribunal superior con facultades amplias de control mediante la apelación del fallo condenatorio, respetando de esta manera sus derechos fundamentales (...)”.

- **La sentencia de casación N° 499-2014-Arequipa, del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis**, propuso como doctrina jurisprudencial que: “(...) Habida cuenta que el Juez no puede dejar de resolver, la única solución provisional posible es declarar nula la sentencia recurrida, pues de otra forma se afectaría el citado derecho, proceder que encuentra refuerzo si se considera que en ningún caso esta Corte Suprema convalido la condena del absuelto. (...)”.

En ese sentido, si se advierte la existencia de medios de prueba en segunda instancia con la cual se sustenta la sentencia condenatoria en primera instancia y no fue valorado, en virtud a tales pruebas entonces corresponderían la nulidad absoluta pudiendo declarar nulo el juicio y disponer de un nuevo juicio oral respetando el derecho a la doble instancia.

El recurso de nulidad promueve y procura un nuevo examen de la sentencia y autos emitidos por la Sala Penal Superior. Con este objetivo la Corte Suprema posee amplias facultades, sólo tiene como único límite el no poder condenar al absuelto, además de los límites inherentes a todo recurso derivado del principio dispositivo (Yaipén, 2014). En ese sentido condenar al absuelto trae consigo ciertas complejidades y que por obvias razones la Corte Suprema no está facultada.

Por otro lado, la sentencia de segunda instancia puede declarar la nulidad de todo o en parte de la apelada y remitir lo actuado al Juez competente para la subsanación correspondiente; puede confirmar o revocar la apelada, si la sentencia es absolutoria, puede confirmarla o referir la absolución por una causal distinta a la sustentada por el juez, o también condenar al absuelto imponiendo las sanciones correspondientes (art. 425.3 b). (Benavente, Aylas y Benavente, 2010)

Por tanto, la Sala Penal de Apelación aun cuando está habilitada para condenar al absuelto en primera instancia, no debe aplicar dicha atribución, en tanto el sistema de medios impugnatorios no cuente con un recurso eficaz para garantizar la pluralidad de instancias. En ese sentido, cuando la Sala Penal de Apelaciones observe elementos que podría llevar a una condena, solo debería poder anular la sentencia y ordenar un nuevo pronunciamiento indicando la atención de los elementos que ameritan una nueva valoración por parte de juez de primera instancia. De esta manera, el nuevo juzgamiento deberá implicar necesariamente la absolución de los vicios procesales cuestionados, además de integrar los elementos de prueba que ameritan nueva valoración.

CAPITULO VI

DISCUSIÓN

1. Discusión de las posibles soluciones desarrollados en la investigación

La presencia reiterada en nuestra jurisprudencia nacional sobre la institución procesal de la “condena del absuelto” -regulada en los artículos 419°, inciso 2 y 425°, inciso 3, literal b, del Código Procesal Penal-, plasma una realidad patente, que aun cuando la norma faculta a la segunda instancia de mérito a revocar una sentencia absolutoria por un fallo condenatorio; empero, esta vulnera la garantía constitucional de pluralidad de instancias –derecho al recurso–, tal como establece el Tribunal Constitucional en el expediente N°. 4235-2010-PHC/TC, de tal forma que “(...) corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir (...)” (fundamento jurídico 12).

Las instancias de mérito y la Corte Suprema de Justicia han corregido la problemática presentada aplicando el control de convencionalidad, en ejercicio de su esfera constitucional que los ampara, principalmente este último, por el orden jerárquico los magistrados de la especialidad penal-procesal tienen un conocimiento amplio del derecho constitucional. Así, en la producción de la doctrina jurisprudencial emitida por este Tribunal Supremo sobre la institución de “la condena del absuelto” inicialmente hubo una primera tendencia, con la emisión de la sentencia de casación N.º 195-2012 Moquegua, que aseveró su vigencia (el artículo 425, apartado 3, literal b), del Código Procesal Penal). Así, se sostuvo que la institución de la “condena del absuelto” es viable en los casos concretos y un proceso penal debe de finiquitar en igualdad de armas únicamente en dos instancias, como sostiene el Tribunal Constitucional en el expediente N° 4235-2010-

PHC/TC, señalar que: “es claro que la instancia plural (...) queda satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas” (fundamento quince). Se sustentó en razón a que dos Jueces de distintos niveles que decidieron sobre un caso configuran suficiente equilibrio entre las partes.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia emitió la sentencia de casación N.º 385-2013-San Martín, sentencia de casación N.º 280-2013-Cajamarca, sentencia de casación N.º 194-2014-Ancash y la sentencia de casación N.º 554-2014-Arequipa; sentencias de casación mediante el cual se negó su legitimidad y se optó por inaplicar el artículo 425, apartado 3, literal b), del Código Procesal Penal, por atentar contra el derecho a la pluralidad de instancias (artículo 139, inciso 6, Constitución Política del Estado).

Las ejecutorias supremas han optado por tomar un curso de juicios válidos siguiendo los tópicos del control de convencionalidad, recomendada por la Corte Interamericana en el Caso Mohamed vs. Argentina, donde no se podía condenar por primera vez en segunda instancia si la normativa procesal carece de un recurso idóneo para garantizar el derecho al recurso o la pluralidad de instancia, haciendo patente la imposibilidad de la “condena del absuelto”. En atención del artículo 8.2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, que otorga la garantía al inculpado de recurrir el fallo ante Tribunal Superior; y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece como derecho del declarado culpable, la revisión del fallo y de la pena.

El artículo 425, apartado 3, literal b), del Código Procesal Penal se encuentra vigente, aun existiendo las observaciones que sustentó la Corte Suprema de Justicia en abundante

doctrina jurisprudencial, Asimismo, el Tribunal Constitucional como máxima instancia o supremo intérprete de la Constitución, tampoco declaró inconstitucional dicha normativa.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial incluso recomendó a modo de precedente vinculante, en los casos de “condena del absuelto” la única solución provisional posible es declararse nula la sentencia recurrida, en tanto que afectaría el citado derecho (sentencia de casación N° 499-2014-Arequipa, del dieciséis de marzo de dos mil dieciséis).

2. Garantía de pluralidad de instancias

La hipótesis dominante de la investigación se centra en que la única solución provisional posible es declararse nula la sentencia recurrida en caso de condena del absuelto, para salvaguardar el “derecho a la pluralidad de instancias es una garantía del debido proceso, puesto que con él se persigue que lo dispuesto por un juez *A quo*, pueda ser revisado por un Órgano legal y funcionalmente superior, y del tal forma se permita que lo resuelto sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional (...)” (Salas, 2001). Cabe resaltar que los jueces y tribunales son independientes en el ejercicio de su función jurisdiccional.

La instancia plural o principio de doble instancia está encaminado a disminuir la posibilidad del error judicial. Por esta razón en la instancia plural se obtiene una mayor seguridad jurídica con el control que ejercen los diferentes órganos jurisdiccionales. La instancia plural es, pues, una garantía de una mejor justicia que se logra con la fiscalización de los actos procesales (...) (Hinostroza, 2013). Además, refiere que esta garantía (doble instancia) reconoce condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el juez de Segunda instancia solo pueda absolver al condenado cuando este cuestione la condena, pero no

pueda condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso, tal absolución, así tenemos en cuenta la exigencia del principio de igualdad (Neyra, 2015).

Asimismo, “la pluralidad de instancia exige de una estructura jerárquica que sirva para establecer aquella citada forma de vía normativa, que se concreta en los medios impugnatorios para llegar a la verdad inmutable: la jerarquía es el presupuesto institucional, mientras que el sistema de recursos es la herramienta legal, todos ellos necesarios para llegar a dicha verdad (...)”. (Neyra, 2015)

Para Armenta (2007), la doble instancia está encaminada a resolver cuestiones de configuración legal y por su parte el Tribunal Supremo lo limitó a: a) estar circunscrito al campo del proceso penal; b) corresponder sólo al condenado, y c) referirse únicamente al fallo condenatorio y no al resto de cuestiones susceptibles de dilucidarse en el proceso penal.

Como refiere Yataco, respecto a la pluralidad de instancias, no implica el derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso, se trata de un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador determinar en qué casos, aparte de la resolución que pone fin a la instancia (...), impugnar una resolución será posible cuando la impugnación se encuentre expresamente prevista, exista normatividad que lo permita y exista una instancia funcionalmente superior a la que recurrir; por ello se concluye que la decisión que se pretende recurrir resulta inimpugnable. (Rosas, 2015)

CONCLUSIONES

1. Cuando se condena por primera vez en segunda instancia no existe ningún recurso para dicha decisión sea discutida en otra instancia superior, quedando el imputado desprovisto del derecho al recurso, en consecuencia, se debe instaurar un recurso excepcional para garantizarlo.
2. El derecho a la pluralidad de instancias es una garantía del debido proceso, con el cual queda garantizado y protegido los derechos del imputado, pues a través de este derecho se persigue que lo dispuesto por la Sala Penal de Apelaciones –casos de condena del absuelto–, pueda ser revisado por un órgano legal y superior, del tal forma que lo resuelto sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional.
3. El recurso de casación es un medio impugnatorio limitado para los casos de condena del absuelto. La Corte Suprema como Sala de Casación no constituye una segunda instancia de apelación, sino una instancia de supervisión de derecho –ley penal sustantiva y procesal–, pero no de hecho.
4. El recurso de apelación en el sistema del Código Procesal Penal del 2004, es un sistema mixto e híbrido, ya que faculta a la Sala Penal de Apelaciones a condenar a quien fue absuelto en primera instancia, ello a través de una audiencia de apelación –mini juicio– donde hay la posibilidad de aportar nuevos medios probatorios con las limitaciones señaladas en el artículo 419 del CPP.
5. Los artículos 419.2 y 425.3.b del CPP, que recogen el instituto procesal de la condena al absuelto colisionan con la normativa internacional: El artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en tanto no exista un recurso eficaz que garantice al imputado el derecho a recurrir a un fallo.

6. La institución procesal de la condena del absuelto no existía en el Código de Procedimientos Penales. Este cuerpo normativo limitaba la pretensión impugnatoria del Ministerio Público, donde lo más perjudicial que le podía ocurrir al imputado era la nulidad de su absolución, ordenándose con ello un nuevo juzgamiento. Si bien era aplicable para el proceso penal ordinario, en forma supletoria también era aplicado para el proceso penal sumario.
7. La institución de la condena del absuelto deja al justiciable en estado de indefensión procesal al restringir el derecho fundamental de la pluralidad de instancia, por lo que debe instaurarse un recurso de apelación excepcional, con *nomen iuris* autónomo para estos casos, sustento que también se advirtió en la sentencia de casación número 385-2013/San Martín.
8. En todo caso, si no se deroga la institución bajo estudio, el Estado a través del Concejo Ejecutivo del Poder Judicial de la Corte Suprema de Justicia está facultado para crear una Sala Penal de Apelaciones Especial para casos de la institución de la “condena del absuelto”, a fin de garantizar el derecho al recurso, garantizando así el derecho fundamental de la pluralidad de instancias y con ello garantizar la vigencia del Estado Constitucional.
9. En razón a que no existe un recurso idóneo y eficaz capaz de garantizar el derecho al recurso y/o la pluralidad de instancias al justiciable, la Sala Penal de Apelaciones cuenta con dispositivos procesales como la nulidad en referencia a la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales que es causal de nulidad –el artículo 149° del Código Procesal Penal–; este órgano jurisdiccional de oficio debe declarar la nulidad de la sentencia en tanto se advierta la configuración de la institución de la condena del absuelto.

RECOMENDACIONES

1. La incorporación de la condena del absuelto en nuestro ordenamiento tiene como fin superar el problema de que los procesos se sigan dilatando relacionadas con las reiteradas declaraciones de nulidad en aquellos casos en el cual el tribunal de segunda instancia considera que existían elementos de responsabilidad al revisar la sentencia absolutoria de primera instancia. Sin embargo, existen diversas dificultades al poner en práctica esta posibilidad debido al peligro para la plena vigencia de las garantías del debido proceso. En ese sentido, la Corte Suprema plantea una solución en la Casación N 454-2014- Arequipa que no resuelve el problema, debido a que origina un círculo vicioso que no posee límite alguno en lo que respecta a una reiterada condena del absuelto. Es por ello, que para solucionar esta problemática es necesario considerar una reforma legislativa que elimine la posibilidad de la condena del absuelto.
2. Cualquier solución debe evitar en absoluto la intervención del Tribunal de Casación, que actúe como sede de instancia de mérito, porque si interviene en la resolución de recursos de apelación, sería también quien resolvería la interposición del recurso de casación, recurso cuya naturaleza extraordinaria y formal, corre el peligro de ser desnaturalizado.
3. El Fiscal ante la posible configuración de la “condena del absuelto” debe pretender la nulidad del proceso, en vez de revocar la sentencia absolutoria por una condenatoria, apartándose del artículo 425, apartado 3, literal b), del Código Procesal Penal, donde el Juez penal que considera que no es aplicable dicho articulado por colisión constitucional, debe solicitar la realización de un nuevo juzgamiento.
4. También se propone la modificación del artículo 425, apartado 3, literal b) del Código Procesal Penal - 2004 como se establece a continuación.

PROPUESTA DE LEGE FERENDA

NORMATIVA ACTUAL

DICE:

“Artículo 425.- Sentencia de Segunda Instancia

(...)

3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede:

(...)

b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.

(...)”

DEBE DECIR:

“Artículo 425.- Sentencia de Segunda Instancia

(...)

3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede:

(...)

b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.

c) Cualquiera que sea la parte que interponga el recurso o la materia que lo determine, puede anular todo el proceso y mandar rehacer la investigación preparatoria por otro Juez penal; o declarar sólo la nulidad de la sentencia y señalar el Tribunal que ha de repetir el juzgamiento.

(...)"

FUENTES DE INFORMACIÓN

Alvarado, A. (sf). *Sistema Procesal Garantía de la Libertad*. Lima, Perú: Editorial Rubinzail Culzoni

Arbulú, V. y Revilla, P. (2012). *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Primera Edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Armenta, T. (2007). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Tercera Edición. Barcelona, España: Marcial Pons

Baumann, Jurgen. *Derecho procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1979, pág.132.

Benavente, H., Aylas, R. y Benavente, S. (2010). *La Casación en el Código Procesal Penal del 2004*. Primera edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica

Cabrera, A. (2016). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Cuarta Edición. Lima, Perú: Instituto Pacífico

Cáceres, R. (2009). *Código Procesal Penal D. Leg. N° 957 Concordado-Jurisprudencial*. Lima, Perú: Editorial Jurista

Cáceres, R. (2005). *Código Procesal Penal D. Leg. N° 957 Concordado-Jurisprudencial*. Lima, Perú: Editorial Jurista

Cauchen, E. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni

Cerna, D. y Alva, P. (2012). *Medios Impugnatorios en el Proceso Penal*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica

Claus, R. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto

- Climent, C. (2005). *La prueba penal*. Segunda edición. España
- Cobo, M. (2007). *Tratado de Derecho Procesal Penal Español*. Madrid, España: Editorial
- Collard, S., Chiara, C. y Obligado, D. (2005). *Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*. Montevideo, Paraguay: Editorial Jurídica Nova Tesis
- Conejo, M., Corsino, A. Curiel, R. y García, J. (2007). *Fundamentación de recursos*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura
- Corre, J. (2006). *Recursos Procesales Penales*. Primera Edición. Santiago, Chile: Lexis Nexis
- Cortez, C. (2005). *Derecho Procesal Penal*. Valencia, España
- De Santo, V. (1999). *Tratado de los recursos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad
- De Urbano, E. (2005). *El Recurso de Casación*. España: consejo de la Magistratura
- Falcón, E. (2005). *Manual de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea
- Diómedes, E. (2008). *Efectos de la Condena del Absuelto en aplicación de los arts. 419 inc. 2 y 425 inciso 3 literal b del Código Procesal Penal del 2004?*.
- Fenech, M. (1952). *Derecho procesal penal*. Barcelona, España: Bosch
- Fierro, H. (sf). *Manual de Derecho Procesal Penal sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*. Bogotá, Colombia.
- Guariglia, F. (1999). *Régimen general de los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación*. En Maier, J. (1999). *Los Recursos en el Procedimiento Penal*. Buenos Aires: Argentina: Del Puerto

Hinojosa, R. (sf). *Los Recursos en Derecho Procesal Penal*. España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces

Hinostroza, A. (2013). *Recurso de Apelación*. Lima, Perú: IDEMSA

Horvitz, M. y López, J. (2004). *Derecho Procesal Chileno*. Tomo II. Chile: Editorial Jurídica

Jauchen, E. (2012). *Tratado de derecho procesal penal*. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores

Lara, A. (2014). *El Recurso de Apelación y la Segunda Instancia Penal*. Navarra, España: Editorial Aranzadi

Letelier, E. (2013). *El derecho fundamental Al recurso en el Proceso Penal*. Barcelona, España: Editorial Atelier

Llamoca, R. (sf). *La Impugnación en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Editorial Alerta

Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto

Moreno, V. y Cortes, V. (2005). *Derecho Procesal Penal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch

Núñez, F. (2015). *El derecho fundamental a recurrir integralmente el fallo condenatorio cuando el órgano judicial decida aplicar la institución procesal de la condena del absuelto conforme a lo previsto por la Corte Interamericana a través del Caso Mohamed vs. Argentina*.

Núñez, F. y Alva, P. (2012) *Medios Impugnatorios en el Proceso Penal*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica

- Oré, A. (2010). *Medios impugnatorios lo nuevo del código procesal penal de 2004 sobre la etapa del juicio oral*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Penal & Proceso Penal
- Palacio, E. (1998). *Los recursos en el proceso penal*. Argentina, Abeledo-Perrot
- Peña, D. (2009). *Nuevas tendencias del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Editorial Lex
- Piño, J. (2010). *Derecho procesal penal*. España
- Prieto, L. (1947). *Cuestiones de derecho procesal*. Madrid, España: Reus
- Rosas, J. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Jurista Editores
- Salas, J. (2011). *Condena del absuelto*. Primera Edición. Lima, Perú: IDEMSA.
- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Primera edición. Lima, Perú: INPECCP Y CENALES
- San Martín, C. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley
- Sánchez, J. y Alva (2012). *Estudios sobre los Medios Impugnatorios en el Proceso Penal*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Sánchez, P- (2013). *Código Procesal Penal Comentado*. Primera edición. Lima, Perú: IDEMSA
- Tribunal constitucional (2012). Expediente N° 1231-2002-HC. Fundamento jurídico segundo.
- Vargas, R. (2015). *La Condena del Absuelto*. Primera Edición. Lima, Perú: RODHAS
- Villa, J. (2010). *Los Recursos Procesales Penales*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica
- Yaipén, V. (2014). *Recurso de Casación Penal*. Lima, Perú: Ideas