

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 425°, INCISO 3, LITERAL B, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004, EN RELACIÓN AL DERECHO DE PLURALIDAD DE INSTANCIA

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

ROBERTO CARLOS ATALAYA VÁSQUEZ

Asesor

M.CS. NILO ROMÁN ROMERO

CAJAMARCA – PERÚ

2013

COPYRIGHT© 2013
Roberto Carlos Atalaya Vásquez
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRIA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS APROBADA:

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 425°, INCISO 3, LITERAL B, DEL
CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004, EN RELACIÓN AL DERECHO DE
PLURALIDAD DE INSTANCIA

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:
ROBERTO CARLOS ATALAYA VÁSQUEZ

Comité Científico

Dra. Carmen Castillo Díaz.
Presidenta del Comité

Mg. Chistopher Quispe Cabrera.
Primer Miembro Titular

M.Cs. Edith Alvarado Palacios.
Segundo Miembro titular

M.Cs. Nilo Román Romero
Asesor

2013

A:

Marian Gianella y Sofía Nicolle, adorables hijas, luceros de mi alma en momento de tinieblas.

Giovana Raquel, mi amor incondicional.

La memoria de mis queridas y recordadas abuelitas, Sofía y Sabina, quien con su esfuerzo y tesón construyeron hogares muy fortalecidos, y pese a su ausencia terrenal, sus ejemplos trascienden a nuestras familias.

Se pone en cuestión lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento y los estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran justificación en el presente... se podría decir simplídicamente que la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas.

El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.

- Gustavo Zagrebelsky

SUMARIO

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA

1.1.	SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	5
1.2.	ESTADO DE CUESTIÓN.....	7
1.3.	DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL.....	10
	A. SÍNTOMAS.....	13
	B. CAUSAS.....	13
1.4.	PRONÓSTICO.....	13
1.5.	CONTROL DE PRONÓSTICO.....	13
1.6.	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
1.7.	SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
1.8.	JUSTIFICACIÓN.....	14
1.9.	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
	A. OBJETIVO GENERAL.....	16
	B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	16
1.10.	LIMITACIONES.....	16
1.11.	HIPÓTESIS.....	17
1.12.	VARIABLES.	17
1.13.	INDICADORES.....	17
1.14.	FUENTES.....	17
1.15.	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
	1.15.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	18
	1.15.2. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.16.	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.17.	UNIVERSO Y MUESTRA.....	18
1.18.	MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
	A. MÉTODOS CIENTÍFICOS.....	19
	B. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	19

C. MÉTODOS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	20
D. TÉCNICAS.....	20
E. INSTRUMENTOS.....	20
1.19. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.....	21

CAPÍTULO II
EL MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL TEMA.....	22
2.2. EL DERECHO PROCESAL PENAL.....	22
2.2.1. CONCEPTO.....	22
2.2.2. OBJETO Y FINALIDAD.....	23
2.2.3. FUENTES.....	24
A. LA LEY.....	24
B. LA DOCTRINA.....	25
C. LA JURISPRUDENCIA.....	25
D. LA COSTUMBRE.....	26
2.2.4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL.....	26
2.2.4.1. SISTEMA ACUSATORIO.....	26
2.2.4.2. SISTEMA INQUISITIVO.....	28
2.2.4.3. SISTEMA MIXTO.....	30
2.2.5. EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO DEL 2004.....	30
2.2.5.1. ORÍGENES.....	30
2.2.5.2. EVOLUCIÓN.....	31
2.2.5.3. SISTEMA ACTUAL.....	32
2.3. SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONDENADO ABSUELTO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL PERUANO.....	35
ANTECEDENTES.....	35
2.3.1. SEGÚN LA DOCTRINA.....	36

2.4. MEDIOS IMPUGNATORIOS.....	40
2.4.1. ASPECTOS GENERALES.....	40
2.4.2. NATURALEZA JURÍDICA.....	42
A. LA IMPUGNACIÓN Y EL DERECHO DE ACCIÓN...	42
B. LA IMPUGNACIÓN Y LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.....	43
C. IMPUGNACIÓN Y PRINCIPIO DE CONTROL JURISDICCIONAL.....	46
D. LA IMPUGNACIÓN Y RECONOCIMIENTO NORMATIVO.....	47
2.4.3. COMPONENTES DE LA IMPUGNACIÓN.....	49
2.4.4. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LOS RECURSOS IMPUGNATORIOS.....	51
2.4.5. EFECTOS.....	55
A. EL EFECTO DEVOLUTIVO.....	55
B. EL EFECTO SUSPENSIVO.....	56
C. EL EFECTO EXTENSIVO.....	57
D. EL EFECTO DIFERIDO.....	58
2.5. LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004...	59
2.5.1. CARACTERÍSTICAS COMUNES.....	59
2.5.2. EL RECURSO DE REPOSICIÓN.....	60
2.5.3. EL RECURSO DE APELACIÓN.....	61
A. CONCEPTO Y FINALIDAD.....	61
B. CARACTERÍSTICAS.....	62
C. EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS...	64
D. EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.....	65
2.5.4. EL RECURSO DE CASACIÓN.....	69
2.5.5. EL RECURSO DE QUEJA DE DERECHO.....	70

2.6. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ARTÍCULO 425, INCISO 3, LITERAL B., CONTENIDO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004.....	71
2.6.1. INTERPRETACIÓN EUROCONTINENTAL DEL ARTÍCULO 14.5 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	71
2.6.2. INTERPRETACIÓN ACUSATORIA INCLINADA AL COMMON LAW DEL ARTÍCULO 14.5 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....	74
2.6.3. DERECHO DE PLURALIDAD DE INSTANCIAS.....	77
A. A NIVEL INTERNACIONAL.....	77
B. EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE 1993.....	78
2.6.4. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	80
A. CASO DE COLISIÓN ENTRE UN TRATADO Y UNA LEY INTERNA.....	82
B. EL CASO DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS.....	86
2.6.5. EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.	88
A. RECURSO DE APELACIÓN EN ALEMANIA.....	88
B. RECURSO DE APELACIÓN EN ITALIA.....	88
C. RECURSO DE APELACIÓN EN FRANCIA.....	88
D. RECURSO DE APELACIÓN EN PORTUGAL.....	89
E. RECURSO DE APELACIÓN EN ESTADOS UNIDOS E INGLATERRA.....	89
F. RECURSO DE APELACIÓN EN CHILE.....	89
2.7. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL DEL AÑO 2004.....	92

2.7.1.	LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES PARA RECURRIR..	92
2.7.2.	PRESUPUESTOS DE LA IMPUGNACIÓN.....	93
2.7.3.	RECURSO DE APELACIÓN.....	96
	A. FUNDAMENTO PARA EL RECURSO DE APELACIÓN.....	97
	B. LOS EFECTOS DE RECURSO DE APELACIÓN.....	98
	C. TRÁMITE EN LA APELACIÓN DE AUTOS.....	100
	D. TRÁMITE DE APELACIÓN DE SENTENCIAS.....	101
	E. EMPLAZAMIENTO PARA LA AUDIENCIA DE APELACIÓN.....	102
	F. AUDIENCIA DE APELACIÓN.....	103
	G. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.....	104
2.7.4.	EL CONTROL DIFUSO Y CONTROL CONCENTRADO..	105
	A. ANTECEDENTES.....	106
	B. CARACTERÍSTICAS.....	107
2.8.	EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	109
2.8.1.	ANTECEDENTES.....	109
2.8.2.	CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	110
2.8.3.	EL ESTADO PERUANO Y CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	111
	2.8.3.1. OBLIGACIÓN DEL ESTADO PERUANO.....	111
	2.8.3.2. INTERPRETACION Y OBLIGATORIEDAD.....	112
2.8.4.	ANÁLISIS DE LA CONSULTA 2491-2010-AREQUIPA...	116
	2.8.4.1. ANTECEDENTES.....	116
	2.8.4.2. DESARROLLO DE LAS INTERROGANTES FORMULADAS.....	117
2.9.	LA PLURALIDAD DE INSTANCIA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL.....	127
2.10.	LA COSA JUZGADA.....	132

2.10.1. NE BIS IN IDEN MATERIAL O SUSTANTIVO.....	133
2.10.2. NE BIS IN IDEM PROCESAL O FORMAL.....	133
2.11. CAUSALES DE LA INCONSTITUCIONALIDAD	
DEL ARTÍCULO 425. INCISO 3. LITERAL B, DEL CÓDIGO PROCESAL	
PENAL.....	134
2.11.1. PRINCIPIO DE LA UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN...	139
2.11.2. EL PRINCIPIO DE CONCORDANCIA PRÁCTICA.....	140
2.11.3. PRINCIPIO DE EFICACIA INTEGRADORA DE LA	
CONSTITUCIÓN.....	141
2.11.4. PRINCIPIO DE FUERZA NORMATIVA DE LA	
CONSTITUCIÓN.....	142
2.11.5. PRINCIPIO DE ADAPTACIÓN A LAS	
CIRCUNSTANCIAS	142

CAPITULO III
COMPARACIÓN DE HIPÓTESIS

COMPROBACIÓN DE HOPÓTESIS.....	145
--------------------------------	-----

CAPITULO IV
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

4.1. PROYECTO DE DEMANDA.....	146
4.2. OPINIÓN DE FISCALES RESPECTO DE LA DEMANDA DE	
INCONSTITUCIONALIDAD.....	154
CONCLUSIONES.....	155
RECOMENDACIONES.....	156
PROPUESTA.....	157
GLOSARIO DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	158
LISTA DE REFERENCIAS	160
ANEXOS.....	167

AGRADECIMIENTO

Al sumo Arquitecto del Universo, al brindarme esta oportunidad en cursar estudios de maestría y haberme permitido la conclusión del presente trabajo de investigación.

A mi asesor M.Cs. Nilo Román Romero, por sus acertadas orientaciones en el desarrollo de la presente investigación, así como a todos los docentes por sus consejos y enseñanzas en los estudios de maestría.

RESUMEN

La presente investigación, titulada “*La inconstitucionalidad del artículo 425° Inciso 3 Literal b., del Código Procesal Penal de 2004, en relación al derecho de Pluralidad de Instancia*” elaborada para optar el grado Maestro en Ciencias, Mención Derecho, Línea Derecho Penal y Criminología, de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca, misma que tiene por objeto el análisis de la constitucionalidad de la disposición que regula el recurso de apelación en segunda instancia establecida en el Código Procesal Penal de 2004.

Para tal efecto, la investigación, contiene: los aspectos metodológicos necesarios, destacando los métodos: histórico, exegético deductivo e inductivo, los mismos que guían su desarrollo, caracterizándose por ser formalista dogmática; en consecuencia, presentamos una noción básica de la evolución histórica del proceso penal, las clases de recursos impugnatorios, estableciendo sus características esenciales, sus trámites y sus consecuencias legales. Del mismo modo estudiaremos el derecho de pluralidad de instancia como columna vertebral de la presente investigación, tanto en instrumentos jurídicos de connotación mundial, identificando cuáles son los Tratados Internacionales en los cuales el Perú es parte, incluyendo la determinación en caso de colisión de un Tratado y una Ley interna, para lo cual se tiene en que los principios que garantizan la efectividad de los derechos fundamentales que son principios constitucionales cuya efectividad están garantizados por la existencia de los procesos constitucionales, como es, el principio de interpretación dinámica; del mismo modo a nivel nacional o constitucional y por último identificándolo específicamente en el Código Procesal Penal del año 2004, cuyo análisis sistemático de la normatividad en comento, se determinará la inconstitucionalidad del artículo materia del presente estudio, esto es, cuando una persona es absuelta en primera instancia y condenada en segunda instancia.

Palabras claves: artículo 425, inciso 3, literal, b., del Código Procesal Penal, inconstitucionalidad, proceso penal, recursos impugnatorios, derechos fundamentales, absuelta, instancia, condena y pluralidad de instancia.

ABSTRACT

This research titled “The Unconstitutionality of the 425 Article, Item 3.b of Criminal Procedure Code, 2004, according to the right of Multiple Instance”.

This work is done by mr. Roberto Carlos Atalaya Vásquez, he is a lawyer, to get the Master Degree in Science, Mention in Law, Criminal Law and Criminology Line, at Post Grade School of the National University of Cajamarca. It has the purpose to analyze the Constitutionality of the provision that governs the resource of appeal in the second instance in the Code of Criminal Procedure, 2004.

This investigation contains: methodological aspects, highlighting the historical, deductive and inductive exegetical methods all of them guide the development of this work. it is characterized by being dogmatic formalist, therefore it is introduced a basic understanding of the historical development of the criminal process, the kinds of refute resources in law, establishing their essential characteristics, their procedures and their legal consequences. In the same way it is studied the law of multiple instance as the main subject of this research. Both legal instruments of global connotation and identifying which are the international treaties in which Peru takes part, including the determination under impact of a treaty and an internal law because of it takes into account the principles that guarantee the fundamental rights, such as the principle of dynamic interpretation, just national or constitutional. Finally identifying specifically in the Criminal Procedure Code of 2004, the systematic analysis of the regulation in discussion. it will determine the unconstitutionality of the article matter of this study, it means when a person is acquitted at first instance and sentenced on appeal (second instance).

Keywords: 425 Article, Item 3.b in the Criminal Procedure Code, unconstitutionality, criminal, refute resources in law, fundamental rights, acquitted, instance, sentence and multiple instance.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la pluralidad de instancia se encuentra regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe que durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.2.h). Del mismo modo el referido derecho lo encontramos en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos en el que se especifica que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior (Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, artículo 14, inciso 5) del mismo modo este derecho se encuentra prescrito en nuestra Carta Magna, específicamente en el artículo 139, que establece los principios y derechos de la función jurisdiccional en otros la pluralidad de instancia. (Constitución Política del Estado de 1993, artículo 139, inciso 6)

Asimismo, este derecho ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional en sendas decisiones, al tener por objeto garantizar, que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad, que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal (Expediente N° 3261-2005), en la misma línea el derecho materia de investigación ha sido expresado de la siguiente manera, **el derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso con lo cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior y, de esta manera, permitir que lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional.** (Expediente N° 0282-2004) (resaltado nuestro).

En la misma vertiente, al efectuar una interpretación literal, con respecto al artículo que regula el trámite de apelación de sentencia en el Código Procesal Penal del año 2004, se infiere una situación jurídica inconstitucional al facultar sentenciar a una persona que fue absuelta en

primera instancia, fundamento que atenta contra el derecho de pluralidad de instancia, el mismo que tiene rango constitucional, en tal sentido, analicemos lo que prescribe el artículo 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004:

“La sentencia de segunda instancia... puede confirmar o revocar la sentencia apelada...”.¹

Es decir, si un procesado ha sido declarado inocente en primera instancia, en segunda instancia puede ser condenado, por apelación del Fiscal, el mismo que no estuvo conforme con el fallo de primera instancia, siendo esto así, el fallo en segunda instancia constituiría cosa juzgada, debe entenderse como tal a lo resuelto en forma definitiva por el órgano jurisdiccional, luego de un debate contradictorio y con las garantías del debido proceso, equiparándose a esta, todas aquellas resoluciones que pongan fin al proceso (Expediente N° 4584-2011) (subrayado nuestro), en consecuencia, al no existir ninguna posibilidad de apelación con respecto a la sentencia de segunda instancia (emitida por la Sala de Apelaciones), se estaría vulnerando el derecho de recurrir (derecho de pluralidad de instancia) la sentencia emitida por el superior jerárquico; toda vez que el procesado en ningún momento ejerció tal derecho (apelar la sentencia que le causa agravio), en este orden de ideas, el fundamento que regula el recurso de apelación de sentencia, estaría vulnerando el derecho a pluralidad de instancia de todo justiciable, como elemento consustancial del derecho a un debido proceso. Tal como ha expresado el Tribunal Constitucional, al considerar que el citado derecho se encuentra dentro de las garantías procesales que deben ser respetadas durante el desarrollo del proceso, para no afectar el decurso y convertirlo en irregular. (Expediente N° 3789-2005)

¹ . Tal y como se ha sentenciado en el Distrito Judicial de Huaura, por mayoría resuelve: **REVOCAR** en todos sus extremos la sentencia de fecha 14 de julio de 2009, donde se **ABSUELVE** de la acusación fiscal al imputado del cargo de actos contra el pudor en agravio de la menor de iniciales E.C.L.C, reformándola **SE CONDENA** por el delito contra la libertad sexual – modalidad de actos contra el pudor- en agravio del menor de las iniciales E.C.L.C a la pena privativa de libertad de siete años, fijándose por concepto de reparación civil la suma de dos mil nuevos soles. (Expediente N° 2008 – 1403)

Por tanto, es necesario que se realice una interpretación sistemática, con respecto al 425°, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004, el mismo que regula la impugnación de sentencia, es decir, el derecho de pluralidad de instancia, la misma que presta seguridad y garantía a las partes que se encuentran inmersas en un proceso penal, pues de esta manera permite evitar los errores judiciales y las conductas dolosas o culposas de los jueces de primera instancia en la emisión de sentencias.

En consecuencia, se tiene que el superior puede enmendar o subsanar los errores en el procedimiento o los errores en la aplicación del derecho sustantivo. Teniendo en cuenta que la doble instancia constituye un mecanismo de control que posibilita la revisión de las decisiones judiciales por un juez de mayor rango, así el artículo 8, inciso dos, parágrafo “h” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce como derecho el de recurrir del fallo ante Juez o Tribunal Superior, igualmente nuestra Carta Magna en su artículo 139, inciso 6, garantiza el derecho a la pluralidad de instancia, principio que también se encuentra regulado en el artículo once de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala que las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión con arreglo a ley, en una instancia superior (Expediente N° 014-2001), es decir, que este principio opera mediante la apelación que otorga competencia al superior y que en el artículo 425° del Código Procesal Penal no se garantiza.

Para tal efecto, la presente investigación, contiene: Los aspectos metodológicos, los mismos que guían el desarrollo de la presente investigación, caracterizándose por ser descriptiva; asimismo: contiene el aspecto teórico como base de los resultados a los cuales arribemos, es así que presentamos una noción básica de la historia del proceso penal y su evolución histórica, las clases de recursos impugnatorios, estableciendo sus características esenciales y principios, asimismo estudiaremos el derecho de pluralidad de instancia como columna vertebral de la presente investigación, los instrumentos jurídicos que los contienen, esto es, a nivel supra nacional, identificando cuáles son los Tratados Internacionales en los cuales el Perú es parte, incluyendo la determinación en caso de colisión de un Tratado y una Ley interna, teniendo en cuenta los principios que garantizan los derechos fundamentales como es el derecho de pluralidad de instancia; del mismo modo a nivel constitucional y por último identificándolo en el Código

Procesal Penal del año 2004, en tal sentido, analizaremos la constitucionalidad del artículo del 425º, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004, obteniendo por último las conclusiones a las que se arribe y las recomendaciones del caso.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La investigación tiene por objeto analizar la constitucionalidad de la disposición que regula el recurso de apelación en segunda instancia, contenido en el Código Procesal Penal de 2004, teniendo como hipótesis: El artículo 425° inciso 3. literal b., del Código Procesal Penal de 2004, respecto a la condena del sentenciado absuelto, es inconstitucional, porque vulnera el derecho de pluralidad de instancia, amparado en el artículo 139° inciso 6., de la Constitución Política del Perú.

Es importante tener presente que el estado de derecho consiste en el apego y subordinación de todas las personas que conforman el Estado a las normas de la Constitución, es decir que ésta sea respetada y cumplida.

Nuestra Constitución Política del Estado o la *Lex Legum*, constituye la Ley Suprema y Fundamental, del ordenamiento jurídico, por lo que nada ni nadie debe estar por encima de ésta. Por tal razón que al realizar un estudio de lo fundamental de un Estado, su Constitución Política, es indispensable determinar, de dónde deviene su supremacía e importancia en la estructuración de un Estado Democrático, respetuoso de derechos fundamentales, así como la manera en que deben interpretarse las normas que la conforman y de esta forma comprender la importancia y alcances de los derechos y garantías que la Ley Suprema regula, pues posee una fuerza vinculante bilateral, esto es, vincula tanto a las autoridades como a los ciudadanos, por cuanto esta debe estar al servicio de la justicia y no al servicio de políticas partidarias o autoritarias.

El fundamento de los recursos descansa en la falibilidad del órgano judicial y en la necesidad de evitar tales errores; y que la certeza debe estar presente en toda Resolución Judicial (sentencia) sea esta condenatoria o absolutoria y de esta manera se alcance su plenitud cuando la parte agraviada la estime desacertada, tiene la posibilidad de impugnar tal decisión.

Consciente de su trascendencia, la Constitución peruana del año 1993, junto al reconocimiento del derecho a la Tutela Judicial Efectiva, tal como ha sentenciado el Tribunal Constitucional el principio y derecho de la función jurisdiccional, es claro que se trata de un derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales, un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante ante los órganos judiciales; de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonable fundada en derecho; y finalmente, de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida. (Expediente N° 4080-2004)

De lo anterior podrá concluirse que el legislador peruano, en el marco del derecho a los recursos, ha vinculado al legislador a un concreto sistema de impugnación, sin negar, por lo tanto, una suerte de identificación entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia, tal y como lo ha establecido el supremo interprete de la Constitución del Estado en una de sus sentencias **este derecho (a los recursos) no está expresamente reconocido en la Constitución, lo que no significa que no tenga naturaleza constitucional, pues se trata, en efecto, de una facultad derivada del derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6) del artículo 139 de la Constitución. Garantiza que los justiciables, en la sustanciación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza, puedan recurrir a las resoluciones judiciales que los afectan ante una autoridad jurisdiccional superior. En la medida que la Constitución no ha establecido cuales son las instancias; y, en esa medida permitiendo que el justiciable tenga posibilidad de acceder a ella mediante el ejercicio de un medio impugnatorio.** (Expediente N° 0604-2001) (la negrita es nuestra)

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

En el supuesto de que la Constitución peruana, como otros ordenamientos, no hubiese recogido el derecho a la pluralidad de instancia, lo cierto es que se habrá visto igualmente obligada a iniciar una segunda instancia en materia penal, conforme a la exigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), cuyo Artículo 14.5 establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sea sometido a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Su aplicación directa en el ordenamiento peruano resulta obligatoria a la vista del Artículo 55º, establecido en nuestra Constitución de 1993, que dispone que los Tratados celebrados por el Estado (el Perú) y en vigor, formen parte del derecho nacional. En el mismo sentido, la disposición final y transitoria 4., del texto constitucional peruano, advierte que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Lamentablemente, ni la consagración constitucional del derecho a la pluralidad de la instancia ni la suscripción del citado Pacto Internacional han supuesto, hasta el momento, una reforma legislativa que configure, de modo genérico y uniforme, la segunda instancia en el proceso penal peruano, conforme a lo prescrito en el artículo 425, inciso 3, literal b., contenido en el Código Procesal Penal. A la vista de la relevancia que cobra el Artículo 14.5 PIDCyP, resulta necesario delinear su alcance, y el imputado (es la persona humana que ingresa al proceso penal dominado por el Estado, en franca desigualdad material para defender su libertad personal) vea garantizado el derecho de doble instancia.

1.2. ESTADO DE CUESTIÓN

La necesidad de reforma de nuestro sistema procesal penal, no debe reconducirse únicamente a garantizar la conformación en base al sistema acusatorio² de inclinación adversarial, que constituye una demanda inaplazable, al tener en cuenta que el marco normativo en relación al proceso penal actual se encuentra colapsado, esto, por la abundante carga procesal, la sobre formalización de las causas, burocracia, huelgas, déficits materiales y humanos. Sin embargo, una reforma no debe estar orientada únicamente a garantizar la conformación de una justicia penal eficaz, es decir, sobredimensionada en sus tareas burocráticas y circunscrita a la realización del poder punitivo de solo imponer penas a quienes considera pasibles del reproche penal, sin garantizar su derecho de impugnar la resolución que lo condena, lo que conduce a tener una visión sesgada y reductora del tema (vulneración del derecho a pluralidad de instancia). Sumado a ello lo resuelto por una de las Salas Permanentes del distrito judicial de Lima, con respecto a los recursos impugnatorios en la cual se estipula: Que una nota esencial de los recursos impugnatorios, es que están sometidos al principio de taxatividad, en cuya virtud las resoluciones judiciales sólo son recurribles en los supuestos y por los mecanismos legítimamente previstos, es decir, a efectos de impugnar la resolución que causa agravio a un justiciable tiene que estar especificado y detallado en la norma procesal, de lo contrario sería improcedente; fundamento que se desprende del análisis preliminar que se ha efectuado concerniente a derecho de pluralidad de instancia que tiene todo ciudadano que se encuentra inmerso en un proceso penal, como garantía consustancial del Debido Proceso, situación que ha sido advertida por un estudioso en la materia, como es el caso del doctor Gianpoll Taboada Pilco, integrante de la Comisión de Reforma del Distrito Judicial de Trujillo, el cual hizo mención, en el diplomado sobre la Implementación del Nuevo Código Procesal, -Cajamarca, junio de 2009- a esta deficiencia en el Nuevo Código en comento, el mismo que se implementó en el distrito judicial de Cajamarca (1 de abril de 2010), certamen en el que hizo alusión respecto al artículo 425, inciso3, literal b, del

² . No solo implica la separación de funciones entre juzgador, acusador y defensor sino también trae consigo otras exigencias fundamentales tales como que necesariamente deben existir indicios suficientes que un individuo haya cometido un hecho constitutivo de delito y no solo meras sospechas. (Manuales Operativos 2007, 24)

cuerpo legal antes citado, en el que se estaría vulnerando el derecho de pluralidad de instancia, tal y como lo he fundamentado en el capítulo concerniente a la justificación³ de la presente investigación y se complementó en el desarrollo de la misma, y, que instó a investigar con mayor profundidad en el tema, crítica y/o recomendación que fuera acogida por el investigador, y que luego de profundizar en el tema y desarrollarlo en el curso concerniente a Metodología de la Investigación (maestría: Línea Penal y Criminología), se ha podido determinar la viabilidad de la presente investigación, cuyo sustento podemos encontrarlo en sentencias expedidas por organismos internacionales del cual el Perú es parte, tal es el Caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que ha sentenciado que:

Se requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los actos procesales importantes. Dicha revisión resulta relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva, incluyendo la legalidad de la prueba. El recurso debería constituir igualmente un medio relativamente sencillo para que el tribunal de revisión pueda examinar la validez de la sentencia recurrida en general, e igualmente controlar el respeto a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y el debido proceso, según La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe del 18 de noviembre de 1997, caso Abella y otros vs. Argentina.

En consecuencia, no podemos olvidar que el proceso penal debe estar orientado a proponer soluciones pacíficas al conflicto social que se genera a causa de conductas reprochables penalmente, y, no a complicar o mejor dicho a vulnerar derechos fundamentales (pluralidad de instancia), influenciados por criterios políticos o reformas apresuradas sin sentido técnico cabal que requiere toda reforma, y, que con la culminación de la presente investigación estaremos en condiciones de proponer las respectivas

³ . Sólo se contempla de manera general, como se ha precisado en la situación actual del presente trabajo, dejando a la deriva a la parte procesal que no formuló el recurso de apelación a nivel de primera instancia, y, que con la sentencia de segunda instancia se le causa agravio, esto es, que la parte procesal condenada no ve garantizado el derecho de doble instancia.

recomendaciones a fin evitar la vulneración del derecho a la pluralidad de instancia de todo sentenciado, conforme al artículo 425, inciso 3, literal, b., del cuerpo legal antes indicado.

1.3. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Desde 1993, rige nuestra actual Constitución Política, por lo que el ordenamiento jurídico procesal penal peruano debe adecuarse a la Ley Fundamental, tanto en el ejercicio del poder penal, como en lo referente a los derechos y libertades de la persona en ella consagrados; sin embargo, existen razones que indican, con la aplicación del Nuevo Proceso Penal en nuestro país, contenido en el Código Procesal Penal de 2004, y que se viene implementando de manera sistemática en nuestro país; existirían indicios de inconstitucionalidad de algunos artículos que tutelan el citado proceso, como sería el caso del artículo 425°, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal, el mismo que regula la impugnación de sentencia, es decir, el derecho a la pluralidad de instancia, derecho que presta seguridad y garantía a los litigantes, permite evitar los errores judiciales y las conductas dolosas o culposas de los jueces de primera instancia en la emisión de las resoluciones. El superior puede enmendar o subsanar los errores en el procedimiento o los errores en la aplicación del derecho sustantivo. La doble instancia opera mediante la apelación que otorga competencia al superior, y, al restringir tal derecho, existirían indicios de inconstitucionalidad específicamente en el artículo 425, inciso 3, literal b., de Código Procesal Penal el mismo que prescribe que:

“La sentencia de segunda instancia... puede confirmar o revocar la sentencia apelada...”

De tal manera se tiene, si un procesado ha sido declarado inocente en primera instancia, en segunda instancia éste puede ser condenado, por apelación del representante del Ministerio Público -Fiscal- el mismo que no estuvo conforme con el fallo de primera instancia, es así que el fallo en segunda instancia constituiría cosa juzgada, en tal sentido, al procesado se le estaría vulnerando el derecho de apelar la sentencia condenatoria en “segunda instancia” ya que él en ningún momento ejercitó tal derecho -recurrir la sentencia que le causa agravio-, en este orden de ideas, se estaría vulnerado el

derecho de pluralidad de instancia, como elemento consustancial del derecho a un debido proceso⁴, el mismo que tiene rango constitucional, en consecuencia constituye un derecho constitucional y/o fundamental que debe de ser garantizado tal y como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que exista una verdadera revisión de la sentencia es imprescindible que el Tribunal Superior reúna las características jurisdiccionales necesarias, pues el concepto de juez competente y natural y el principio de debido proceso legal rigen de igual manera en todas las etapas del procesal tal y como nos enseña La Academia de la Magistratura en su obra Derecho Internacional de los Derechos Humanos, complementando la importancia del derecho de pluralidad de instancia citamos para ello un extracto establecida en la sentencia Castillo Petruzzi⁵. Y para garantizar tal derecho, debemos recurrir la nueva tendencia con respecto a la interpretación de normas en las cuales esté en juego derechos fundamentales, así como los principios de interpretación que empiezan a tomar reconocimiento en las mejores democracias del mundo y que el Perú no debe ser ajeno a esta tendencia, que buscan el respeto pleno de la dignidad de la persona humana, que se encuentra protegido por nuestra Constitución la cual reconoce que los derechos se interpretan de conformidad con lo Declaración Universal de los Derechos Humanos, Tratados y Acuerdos Internacionales; pues creemos que la Constitución en ningún momento acepta o podría aceptar que se violen Derechos Fundamentales y es más si se tiene en cuenta los principios especiales como son: el principio de interpretación *pro homine*, es decir privilegiar la norma más favorable al ser humano, con independencia de su jerarquía o de si está contenido en una norma interna o internacional. Pudiendo citarse

⁴ . El derecho de acceso a los recursos constituye un elemento conformante del derecho del debido proceso, derivado del principio de pluralidad de instancias (Artículo 139. Inciso 6, de la Constitución, y previsto además de manera expresa en el literal h del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos Que; “(...) durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:(...) h) derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior. Del mismo modo conforme al inciso quinto del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Toda persona declarada culpable en un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. (Expediente. N° 1243-2008)

⁵ . Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la convención es preciso que el Tribunal Superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus etapas, en tanto la correspondencia de la primera etapa como las relativas instancias ulteriores, en consecuencia, el juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. N° 52)

como ejemplo el artículo 5 párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el mismo artículo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, para complementar tal argumento es del caso citar el principio de interpretación dinámica el mismo que precisa que: las normas sobre Derechos Humanos deben ser interpretadas conforme a los avances y progresos de la humanidad en el tiempo, es decir, lo más favorable al individuo lo que implique la interpretación, se realice a la luz de valores vigentes en ese momento, y no de los valores vigentes al momento en que se consagró el derecho (Principio que ha sido afirmado también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva N° 10. donde señaló:

La Corte considera que es necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948, se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el Sistema Interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración, es decir, seguir esta tendencia que se alejen de tendencia políticas que distorsionan el sentido verdadero de la normatividad. (Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva N° 10)

Y en palabras de Burgos Alfaro afirma: El cambio del Sistema Procesal Penal llama a que las malas costumbres arraigadas, por nuestra idiosincrasia, lleguen a ser arrancadas de raíz, pues si no fuese así, el gran cambio que se preconiza con este Código Procesal Penal solo llegaría a ser otro sueño de algún peruano idealista. (BURGOS 2009, 274)

A. SÍNTOMAS

- J El recurso de apelación, permite al superior en grado emitir su fallo, previo análisis de aspectos fácticos como jurídicos.
- J Si la sentencia de primera y segunda instancia resultan contradictorias, se vulnera el derecho de alguna de las partes procesales al no hacer efectivo su recurso de apelación. (derecho a pluralidad de instancia)
- J Mediante la sentencia de segunda instancia, se tiene por concluido el proceso, constituyendo tal resolución en cosa juzgada, impidiendo ser recurrida vía apelación.

- J De la interpretación literal y aplicación jurisdiccional, según el artículo 425° inciso 3.literal b., del Código Procesal Penal de 2004, se estaría vulnerando la pluralidad de instancia.

B. CAUSAS

- J Copia o plagio de legislaciones extranjeras, las misma que no están acordes con nuestra realidad.
- J Rasgos de Proceso Penal inquisitivo.
- J Reformas apresuradas, sin asesoría técnica calificada en materia procesal penal.

1.4. PRONÓSTICO

- J Se atenta contra un debido proceso.
- J Vulneración del derecho a pluralidad instancia.
- J Demanda de inconstitucionalidad.

1.5. CONTROL DE PRONÓSTICO

Es necesario en los casos que la Sala de Apelaciones, revoque el fallo de primera instancia, garantice el derecho de pluralidad de instancia de la parte procesal que no formuló el recurso de apelación en primera instancia.

Se instaure una demanda de inconstitucionalidad, contra el artículo 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004.

1.6. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son las causales que justifican la inconstitucionalidad del artículo 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal Peruano de 2004, respecto de la condena del sentenciado absuelto?.

1.7. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA

- J ¿Cuál es la situación jurídica del condenado absuelto, en el sistema procesal penal?.

-) ¿Cuál es el contenido del artículo 425° inciso 3? literal b., del Código Procesal Penal de 2004?
-) ¿Cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho de pluralidad de instancia?.

1.8. JUSTIFICACIÓN

Una vez que el lector, cuente con una visión general del Derecho Procesal Penal, así como ha evolucionado la interpretación de los derechos a favor del ser humano, destacando la pluralidad de instancia⁶ como elemento consustancial del derecho a un debido proceso y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico comprenderá la importancia de la constitucionalidad de una norma.

Del mismo modo, una vez que se ha determinado la ubicación del derecho de Pluralidad de Instancia, tanto en Tratados Internacionales: (Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos y Civiles); de los cuales el Perú es parte, en la Constitución del Estado; y en el Código Procesal Penal de 2004, específicamente en el artículo 425°, inciso 3, literal b.; y al estudiar conjuntamente estos artículos, se determinará que en el último dispositivo legal citado, existe cierta inconstitucionalidad. Es decir, existe una inconsistencia entre las primeras normas acotadas y artículo 425° del Código Procesal Penal de 2004, específicamente en su inciso 3, literal b., en cuanto al derecho de pluralidad de instancia; mientras que en el Código Procesal Penal de 2004, dejando a la deriva a la parte procesal que no formuló el recurso de apelación a nivel de primera instancia, y, que con la sentencia de segunda instancia se le causa agravio, ésta parte procesal no ve garantizado el derecho en comento, dando cabida a interpretaciones inconsistentes y sin el rigor científico que se requiere, por lo que al estar confirmando nuestra hipótesis, estaremos en condiciones de formular la respectiva

⁶ . Señala el Tribunal Constitucional: garantiza que en la dilucidación de una controversia planteada en sede judicial, exista una estructura jurisdiccional que, cuando menos se encuentre organizada en una doble instancia, y para cuyo acceso se prevean los medios impugnatorios que correspondan. (Expedientes N° 6149 -2006 y N° 6662-2006)

demanda de inconstitucional, por vulnerar el derecho pluralidad de instancia⁷ de trascendencia internacional y de gran connotación nacional, ya que todo justiciable al ser pasible de alguna sanción penal, requiere que tal sentencia o fallo sea revisado por un ente superior (doble instancia), de lo contrario la inseguridad jurídica estaría presente para todos los ciudadanos, al no existir la garantía de este derecho en la norma legal que es motivo de la presente investigación, lo que puede acarrear graves problemas a los justiciables, vulnerando de esta manera principios elementales del proceso como son: principios de economía y celeridad procesal al recurrir a procesos excepcionales, en su desesperada búsqueda de justicia, arbitrariedades que no podemos permitir, por constituir un Estado que busca la consolidación de una democracia basada en el respeto de derechos fundamentales, como lo precisa Peces-Barba, tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los hechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en sociedad todas sus potencialidades. (PECES 1999, 37). Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad como una juricidad básica.⁸

⁷ . Jurisprudencia Nacional: El derecho de pluralidad de instancia constituye un mecanismo de control que posibilita la revisión de las decisiones judiciales por un juez de mayor rango, así el artículo ocho inciso dos parágrafo "h" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce como derecho el de recurrir el fallo ante Juez o tribunal superior, igualmente nuestra Carta Política en su artículo ciento treinta y nueve inciso sexto garantiza el derecho a la pluralidad de instancias, principio que se encuentra también regulado en el artículo once de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala que las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión con arreglo a ley, en una instancia superior. (Expediente N° 014-2001)

⁸ . Jurisprudencia Nacional: El diseño de un Estado de derecho democrático, implica que las limitaciones no solo al *ius puniendi* del Estado, sino a toda su capacidad sancionadora en general, y a los procedimientos que se aplican para dicho fin se ven reforzadas por la plena vigencia que en ellos debe imperar los derechos fundamentales, toda vez que la concepción que en dicho medio se tiene de tales procedimientos, es quien el Estado no es quien otorga los derechos fundamentales, sino quien debe crear las condiciones de su realización. Dentro de este razonamiento normativo, se debe tener en cuenta que el orden jurídico de un Estado debe estar orientado a garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos, debiendo su actuar ser consecuente con el mismo, evitando en consecuencia, cualquier interpretación que implique limitación de los derechos o restricción de las garantías que a ellos les asiste. Estando a lo glosado, resulta de incuestionable importancia comprender que la propuesta formal de someter a un individuo a proceso penal – que implica desde ya la posibilidad de disponer medidas de coerción en su contra – tiene necesariamente que contar con el cumplimiento de ciertos requisitos, que para el caso, constituirán garantías de primer orden hacia el individuo, en tal sentido, el ámbito universal de los derechos humanos, el documento más representativo, lo constituye la Declaración de los Derechos Humanos. (Expediente N° 3725-2005)

1.9. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

A. OBJETIVO GENERAL

Determinar las causales que determinan la inconstitucionalidad del artículo 425°, inciso 3, b., del Código Procesal Penal de 2004, respecto de la condena del sentenciado absuelto.

B. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- J Determinar la situación jurídica del condenado absuelto en el Sistema Procesal Penal.
- J Analizar el artículo 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal, respecto de la condena del sentenciado absuelto.
- J Determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia como derecho constitucional.
- J Proponer una demanda de inconstitucionalidad, contra el artículo 425, inciso 3, literal b.

1.10. LIMITACIONES

Teniendo en cuenta que el Nuevo Código Procesal Penal del año 2004, en nuestro país, se viene implementando progresivamente, y, con respecto al análisis del artículo 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004, encontramos las siguientes limitaciones:

- J Ausencia de trabajos de investigación con respecto al análisis del Nuevo Código Procesal Penal.
- J Escasa bibliografía con respecto al tema materia de investigación.
- J Modificaciones improvisadas relacionadas al Código Procesal Penal de 2004, sin asesoría técnica.
- J Falta de docentes, abogados y profesionales capacitados o especializados en el Nuevo Código Procesal Penal.
- J Escasa Jurisprudencia y doctrina con respecto a la casuística jurídica en temas de recurso de apelación.

1.11. HIPÓTESIS

El artículo 425°, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal del año 2004, respecto a la condena del sentenciado absuelto, es inconstitucional, porque vulnera el derecho de pluralidad de instancia, amparado en el artículo 139°, inciso 6., de la Constitución Política del Perú.

1.12. CATEGORIAS

- La Inconstitucionalidad del artículo 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004.
- Vulneración del derecho de pluralidad de instancia.

1.13. INDICADORES

- Sentencias condenatorias expedidas en segunda instancia.
- Sentencias expedidas en el ámbito supranacional.

1.14. FUENTES

- Constitución Política del Perú.
- Tratados Internacionales de los cuales el Perú es parte.
- Nuevo Código Procesal Penal.
- Doctrina Nacional e Internacional.
- Jurisprudencia Nacional e Internacional.
- Revistas jurídicas y otros.

1.15. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.15.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Descriptiva: Para especificar los fundamentos del artículo sometido a análisis, lo que ha permitido formular las preguntas específicas que se busca responder.

Explicativa: Se encuentra dirigida a responder las causales de la vulneración del derecho de pluralidad de instancias.

Jurídica dogmática: Permite efectuar el análisis respectivo de artículo 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004, en el extremo relacionado de la condena del sentenciado absuelto.

1.15.2. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se desarrolla dentro del enfoque cualitativo, toda vez que el presente trabajo se encuentra destinado a determinar mediante una interpretación sistemática, si la regulación legal del artículo 425°, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004, vulnera el derecho de pluralidad de instancia garantizado y reconocido en la Constitución Política del Perú.

1.16. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación, es no experimental, puesto que no se ha manipulado las variables, sólo se pretende efectuar un estudio dogmático jurisprudencial del artículo materia de investigación.

El diseño de la investigación, implica determinar cuál es el plan o estrategia para obtener la información y realizar la investigación; orienta la investigación, indica lo que se debe hacer para alcanzar los objetivos de estudio. (Aranzamendi Ninacondor 2010, 205)

1.17. UNIVERSO Y MUESTRA

En la presente investigación no se cuenta con muestra alguna, por lo que, el universo de estudio es la Ley Procesal Penal del año 2004.

1.18. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

b) MÉTODOS CIENTÍFICOS

) **Analítico:** Para identificar plenamente nuestra realidad problemática.

-)] **Sintético:** Para efectuar el respectivo resumen del presente trabajo de investigación.
 -)] **Inductivo:** Porque partiremos de lo específico a lo general, es decir, analizaremos las reformas legislativas en materia penal en nuestro país, para luego determinar la manera cómo se vulnera el derecho de pluralidad de instancia contenido en nuestra Constitución del Estado de 1993.
 -)] **Deductivo:** Porque partimos de lo general a lo específico, es decir, estudiaremos el derecho de pluralidad de instancia a nivel de Tratados Internacionales, para luego hacer estudio a nivel del artículo 425°, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004.
- c) **MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA** Los métodos que vamos a emplear en la presente investigación son:
-)] **Histórico:** Porque nos referiremos a la evolución legislativa que ha tenido nuestro país con respecto al Proceso Penal.
 -)] **Constitucional:** Denominada también interpretación desde la Constitución, es decir, que de entre los posibles sentidos de una norma jurídica debe optarse por aquel que sea más conforme con el contenido de la Constitución.
 -)] **Restrictivo:** Porque tratándose de la afectación del derecho fundamental, como es el de derecho de pluralidad de instancia, la forma cómo se interpreta debe ser de manera restrictiva, es decir, analizar la condena de un sentenciado absuelto, establecido en el proceso penal vigente.
 -)] **Exegético:** Porque buscaremos la finalidad de la norma, es decir, si el artículo 425°, inciso 3, literal b., materia de la presente investigación, vulnera la pluralidad de instancia, reconocida en nuestra Constitución.
- d) **MÉTODOS DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA:** Los métodos empleados son:
-)] **Histórico:** Porque es importante analizar y argumentar sobre la base de la evolución histórica al Proceso Penal, así como el respeto de la Pluralidad de instancia.

- J) **Teleológico:** Porque se analiza y argumenta sobre la base de la finalidad que persigue la norma, en este caso, para asumir correctamente el derecho de cada justiciable inmerso en un proceso Penal.
- J) **Sistemático:** Porque implica argumentar resumidamente cada una de las razones que contravienen tanto los Tratados Internacionales como la propia Constitución del Estado, los cuales garantizan el derecho de que una sentencia, sea revisada por el ente jerárquico respectivo, y de esta manera garantizar la pluralidad de instancia.

e) **TÉCNICAS**

Para nuestra investigación se usó fichas textuales, de resumen, de paráfrasis y combinadas para el almacenamiento de las diversas fuentes bibliográficas necesarias para la investigación, usado para la elaboración del marco teórico, los antecedentes de la investigación, el planteamiento de la hipótesis del estudio científico, como también para reunir la información necesaria para el desarrollo de la investigación.

f) **INSTRUMENTOS**

Guía de Fichaje

Analizada la bibliografía con que contamos hemos obtenido las fichas de investigación bibliográfica.

Encuesta

Con la finalidad de recabar la opinión de los señores fiscales, respecto a la inconstitucionalidad del artículo materia de investigación

1.19. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

Teniendo en consideración la naturaleza del estudio, se ha procedido a la recolección de información, posteriormente a su tratamiento y finalmente los datos han sido utilizados para afrontar la hipótesis planteada.

El procesamiento y la presentación de datos se efectuó conforme al cronograma de actividades, el mismo que no se cumplió por diferentes factores propios de la investigación y por el tiempo limitado para esta labor por parte del investigador, sin embargo, se respetó la secuencialidad de los pasos que se informan a continuación:

-) **Primer paso.-** Revisar la bibliografía existente en nuestra universidad.
-) **Segundo paso.-** Visitar las universidades locales y realizar las investigaciones.
-) **Tercer paso.-** Ingresar a Internet y visitar las páginas web. Sobre el tema investigado.
-) **Cuarto paso.-** Analizar la legislación Procesal Penal del año 2004, sobre todo incidiendo en el recurso de apelación de sentencias de segunda instancia contenido en el Código Procesal Penal de 2004.
-) **Quinto paso.-** Analizar toda la información obtenida y contrastar nuestra hipótesis con la misma.
-) **Sexto paso.-** Describir nuestros resultados y las conclusiones a las que arribemos al haber contrastado nuestra hipótesis.

CAPÍTULO II

EL MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL TEMA

De la visita realizada, tanto a la Universidad Nacional de Cajamarca, como a las diversas universidades privadas que existen en nuestro medio, no se ha podido encontrar investigaciones concernientes al tema que nos ocupa, esto es, la vulneración del derecho de pluralidad de instancia, así como de la observación en páginas de internet, no se ha podido ubicar investigaciones al respecto, de lo que se desprende que el presente trabajo no contó con investigaciones que le antecedan.

2.2. EL DERECHO PROCESAL PENAL

2.2.1. CONCEPTO

A decir del maestro Sánchez Velarde, enseña que: El Derecho Procesal Penal, es una disciplina jurídica de derecho público que tiene autonomía científica, legislativa y también académica, que se sustenta en principios fundamentales del derecho y de aquellos que regulan los derechos humanos, con objetivos y funciones predeterminados, que estudia, no solo los actos para acceder a la justicia penal y los que conforman el procedimiento para la comprobación del ilícito y la responsabilidad del autor limitando el poder punitivo del Estado y la aplicación del *Jus puniendi*, sino que también la organización judicial penal y la forma de intervención de los sujetos procesales. (SÁNCHEZ 2009, 37 y 38)

Couture, lo define como “la rama del saber jurídico que estudia en forma sistemática la naturaleza del proceso, su constitución, desenvolvimiento y eficacia, siendo además un conjunto de normas que regulan el proceso y procedimiento penal en un cuerpo jurídico determinada” (COUTURE 1996, 9). Del mismo modo MIXAN MASS⁹ considera al “derecho procesal penal como disciplina jurídica”.

⁹ . “el Derecho Procesal Penal viene a ser una disciplina jurídica especial encargada de cultivar y proveer los conocimientos teóricos y técnicos necesarios para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas jurídico-procesal-penales, destinadas a regular el inicio o, desarrollo y culminación de un procedimiento penal, que permita al magistrado determinar objetiva e imparcialmente la concretización o no del *jus puniendi*” (MIXAN MASS 1984, 10).

Eugenio Florián, considera al Derecho Procesal Penal como el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso, mediante los cuales se provee, por órganos fijados y preestablecidos en la ley, y previa observancia de determinadas formas, a la aplicación de la ley penal en los casos singulares concretos, o sea, se provee a la definición de una concreta relación de derecho penal.¹⁰

En tal sentido, consideramos y compartimos la definición de que el Proceso Penal, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado, de una manera más concisa podemos afirmar que el Derecho Procesal Penal, es aquella parte del derecho que regula la actividad procesal penal de las personas inmersas en el devenir o decurso de un proceso, conocido éste, como un conjunto de normas que sistematizan tal actividad.

2.2.2. OBJETO Y FINALIDAD

El objeto del Derecho Procesal Penal, viene a ser el Proceso Penal, pues regula mediante principios rectores y normas potestativas, el conjunto de actos jurídicos procesales con la finalidad de posibilitar la realización del Derecho Penal sustantivo. En este sentido el proceso puede ser considerado así en última instancia, como un instrumento secuencial dirigido al cumplimiento de los objetivos que persigue el Estado, al imponer a los particulares determinada conducta jurídica, brindándoles con ello la adecuada tutela.

Oré Guardia, considera que la finalidad del Derecho Procesal Penal, son las siguientes:

¹⁰ . “considera al Derecho Procesal Penal como el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso, mediante los cuales se provee, por órganos fijados y preestablecidos en la ley, y previa observancia de determinadas formas, a la aplicación de la ley penal en los casos singulares concretos, o sea, se provee a la definición de una concreta relación de derecho penal” (FLORIAN 1927, 27).

Provee los conocimientos necesarios para la determinación de la verdad a través del proceso penal.

Ofrece una adecuada implementación teórico-técnica para la práctica jurisdiccional penal y para la administración de la justicia penal.

Brinda a la función legislativa la orientación teórica y doctrinaria necesaria en materia procesal penal.

Busca los mecanismos más adecuados para perfeccionar un proceso penal regular que es el único medio para la aplicación de la potestad represiva del Estado.

“El Derecho Procesal Penal se ocupa del delito y del delincuente y establece los cauces, orientaciones y alternativas más adecuados que el veredicto final se adecúe estrictamente a la verdad y a la Ley” (ORE 1986, 9).

En síntesis, entiéndase que el Derecho Procesal Penal, expresado en el Proceso Penal, tendría como principal finalidad, buscar la represión del hecho punible, mediante la lógica imposición de una pena, en consecuencia, el restablecimiento del orden social, buscándose además cumplir con el fin secundario como es una reparación civil a favor del agraviado o los agraviados.

2.2.3. FUENTES

La única fuente del Derecho Procesal Penal es la Ley, sin embargo, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina son consideradas como fuente de interpretación de éste.

A. LA LEY

Es una norma jurídica de Derecho Positivo que representa la fuente formal fundamental del Derecho Procesal Penal; en sentido amplio comprende varios niveles: en el primer nivel se ubican, la Constitución y los Instrumentos

Internacionales de Derechos Humanos ratificados; en el segundo nivel, los Códigos Procesales, Leyes Orgánicas y Decretos Supremos en el tercer nivel, Circulares, Directivas, etc.

La ley en su más amplio sentido, sin duda es la más importante fuente del Derecho Procesal. Es la norma jurídica por excelencia, que regula la vida de relación de los hombres en sus diferentes manifestaciones, como son: En lo social, política, económica, jurídica, etc., es dictada por la autoridad competente, por eso regula algo; tiene sentido y alcance general, o sea, para todos y que es obligatoria, bajo la autoridad y facultad compulsiva del Estado.

B. LA DOCTRINA

Es la opinión de los juristas, o estudiosos, sea interpretando la ley o dando nuevos rumbos, al legislador, expresándose ello en libros o artículos y su importancia radica en cuanto orienta la ley e influye en las decisiones del Magistrado, pero ningún Fiscal o Juez puede acusar y sentenciar con el único fundamento de la doctrina.

Es considerada como una fuente interpretativa, por cuanto los autores que se dedican al Derecho Procesal Penal tienen decisiva influencia en la formulación e interpretación de las leyes procesales. Se asemeja a la Jurisprudencia en el sentido de que presenta propuestas sobre las normas, su significado y vigencia. La doctrina es importante y adquiere autoridad por el prestigio científico que se deriva del análisis reflexivo y riguroso de las Instituciones Procesales.

C. LA JURISPRUDENCIA

Está constituida por la interrelación constante y uniforme de las Salas en aplicación de los preceptos legales.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las

instancias judiciales. La jurisprudencia como norma general obliga debiendo el Juez apoyarse en ella, salvo que si se apartan de ese criterio motiven adecuadamente su resolución como lo señala en segundo párrafo del artículo citado. (Ley Orgánica del Poder Judicial, Artículo 22)

D. LA COSTUMBRE

La costumbre no constituye fuente del derecho procesal penal, pues las “prácticas judiciales” o “prácticas del foro”, no pueden ser fundamento para declarar derecho. Tales usos tendrán sentido de obligatoriedad o deberán ser respetados cuando, por consenso general o práctica judicial arraigada, la costumbre se basa en resoluciones Judiciales decisorias sobre casos semejantes, es decir, que su uso se base en la jurisprudencia. (RUBIANES, 1983, 110)

2.2.4. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

2.2.4.1. SISTEMA ACUSATORIO¹¹

La primitiva concepción del Juicio Criminal exigía un acusador, prevalecía el interés privado, el del ofendido; posteriormente evoluciona y esta persona era cualquiera del pueblo, procedimiento que a su vez evoluciona por introducir la publicidad y la oralidad.

La decadencia de este sistema radica básicamente que para que funcione se requiere que se dé en un pueblo eminentemente educado en las virtudes ciudadanas y que en la realidad este sistema no consulta los intereses de la defensa social y el inadecuado ritmo de la vida contemporánea corrompida por la baja política y donde están ausentes las virtudes cívicas.

Características del proceso acusatorio:

¹¹ . Porque parte de la base de imputar un delito, exponer los cargos, en suma sustanciar la acusación, asegurando el respeto de la dignidad de la persona, y a sus derechos inherentes que le asisten. La igualdad existente entre acusador y acusado, así como todas las garantías de defensa, sobre la base de pruebas de la imputación objetiva y la posterior contradicción de las mismas, durante un juicio oral, público contradictorio, en donde la función de perseguir y acusar está a cargo del Ministerio Público, por ello “nadie puede ser juzgado sino en virtud de un proceso que incluya tanto la actividad del Fiscal en la recopilación de evidencia incriminatoria y la actividad de la defensa en la refutación de dicha evidencia. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N° 35/36 1998)

- a. El juez no es un representante del Estado ni un juez elegido por el pueblo. El juez es el pueblo mismo, o una parte de él, si este es muy numeroso para intervenir en el juicio. La acción corresponde a la sociedad, mediante la acusación que es libre y cuyo ejercicio se confiere no sólo al ofendido y a los parientes, sino a cada ciudadano.
- b. El juez no funda su sentencia. Se limita a pronunciar un sí o no. El juez por tanto, no da justificación ni motiva sus fallos, debido a su poder soberano no tenía porque rendir cuentas ante nadie y, por otro lado, por su falta de capacidad intelectual y técnica para motivar sentencias.
- c. Los fallos eran inapelables. El veredicto sólo es susceptible de recurso de casación por un tribunal que únicamente tiene facultad de examinar si se han observado las normas de rito o si la ley ha sido aplicada.
- d. Es como un duelo entre el acusador y el acusado en que el juez permanece inactivo. La etapa contradictoria del juicio se realiza con igualdad absoluta de derechos y poderes entre acusador y acusado.
- e. Si no existe acusación no podía haber juicio, es decir, en estos casos no había acusaciones de oficio.
- f. En el proceso se juzga el valor formal de la prueba, la cual incumbe al acusador y el juez sólo evalúa la forma y en ello se basa para expedir su resolución. La presentación de las pruebas constituye una carga exclusiva de las partes.
- g. La libertad personal del acusado es respetada hasta el instante en que se dicte la sentencia condenatoria.
- h. La libertad personal del acusado es respetada. El veredicto se fundamenta en el libre convencimiento.

2.2.4.2. SISTEMA INQUISITIVO¹²

El tipo inquisitorio nace desde el momento en que aparecen las primeras pesquisas de oficio y esto ocurre cuando desaparece la venganza y cuando el Estado, velando por su conservación, comprende la necesidad de reprimir poco a poco ciertos delitos y así es como nació en Roma y en las monarquías cristianas del siglo XII, lo cual origina el desuso del sistema acusatorio que se practicó hasta el siglo XIII.

Bajo la influencia de la Inquisición¹³ recibió el proceso penal hondas modificaciones que lo transformaron por completo. Es así que en algunos países como España, el sistema inquisitivo floreció gracias al compromiso de algunos Reyes con la Iglesia Católica, como sucedió con la instalación del Tribunal de la Santa Inquisición.

¹² . Catacora Gonzales, refiriéndose al sistema inquisitivo, señala que es el proceso en el cual las funciones de acusación y de enjuiciamiento se encuentran reunidas en una sola persona, frente a la cual el individuo está en una posición de inferioridad. En el proceso inquisitivo tuvieron un papel protagónico los jueces y la forma como se había recortado las posibilidades de defensa. En este periodo se institucionalizó la violencia en su forma más cruenta: La tortura como mecanismo más “eficaz” para lograr la confesión, que caracterizó a la prueba en este sistema. (CATACORA, N° 2, 1993)

¹³ . Eugenio Florián nos relata la horrenda historia de la inquisición: Aislados así estos detenidos, no veían a otra persona sino a su carcelero, y solo en los breves momentos que este empleaba para distribuirles sus alimentos. Si pedía un libro, aunque fuera la Biblia, se les negaba, porque el verdadero libro, según les respondía el inquisidor, era decir la verdad; si por su espíritu religioso pedían un confesor, se requería la orden expresa de los superiores, que no siempre se mostraban inclinados a concederla. El funcionario o el Juez mismo no podía estar a solas con el detenido, por el temor de que, movido a piedad, cediera ante sus sentimientos humanos. Por último, el inquisidor tenía la orden de no hablar sino del proceso, y todo esto tenía una cruel razón, un fin diabólico, que era destrozarse con la oscuridad, la soledad y el tedio, la fortaleza del hombre más obstinado, de modo que muchas veces confesaba delitos que nunca había cometido. El abogado mismo que le asignaba el Santo Oficio debía convertirse en acusador, no bien había adquirido la convicción de la culpabilidad de su cliente. Un decreto del 18 de junio de 1564 ordenaba que el abogado debía comprometerse bajo juramento a deponer la toga una vez que su hubiera comprobado que el reo era un hereje pertinaz. Además debería revelar a los cómplices que descubriera bajo la amenaza de una pena, que se dejaba al arbitrio de los cardenales de la congregación. Los testigos de la acusación debían de permanecer ocultos para el acusado, y hasta sus nombres se ocultaban en los expedientes con una sola letra del alfabeto, para no indicarlos claramente. También se omitían en sus declaraciones, todos los detalles que facilitarían su identificación. Todo debería desarrollarse en el más misterioso secreto, y se conminaban penas gravísimas contra los mismos funcionarios de la Inquisición que se tomarán la libertad de hacer indiscretas revelaciones. El detenido que intentaba eludir los tormentos de la prisión conversando con otros desventurados de las celdas vecinas eran torturados al arbitrio de los comisarios del Santo Oficio. (CUBAS 2009, 26 y 27)

En este sistema el Juez, es el que por denuncia, por quejas, por rumores, inicia el procedimiento de oficio, se dedica a buscar las pruebas, examina a los testigos, todo lo guarda en secreto. No hay acusado, la persona es detenida y colocada en un calabozo. Dura hasta la aparición de la Revolución Francesa, cuya influencia se extiende por todo Europa, con el espíritu renovador de los libertarios, que generó una conciencia crítica frente a todo lo que venía de la vieja sociedad feudal. El nuevo modelo proponía en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad en los debates, la libertad de defensa y el juzgamiento de los jurados, lo cual generó la extinción de este sistema netamente inquisitorio para aparecer el denominado sistema inquisitivo reformado o sistema mixto.

Características del Sistema Inquisitivo

- a. En este sistema el juzgador es un técnico.
- b. Durante el curso del proceso, el acusado es segregado de la sociedad, mediante la institución denominada prisión preventiva.
- c. El juzgador es un funcionario designado por autoridad pública
- d. El juzgador representa al Estado y es superior a las partes.
- e. Aunque el ofendido se desistiera, el proceso debe continuar hasta su término.
- f. El juez tiene iniciativa propia y poderes discrecionales para investigar. La prueba, en cuanto a su ubicación, recepción y valoración, es facultad exclusiva del juez.
- g. Se otorga un valor a la confesión del reo, llamada la reina de las pruebas.
- h. El juez no llega a una condena si no ha obtenido una completa confesión, la cual más de una vez se cumplió utilizando los métodos de la tortura.
- i. No existe conflicto entre las partes, sino que obedece a una indagación técnica por lo que esta decisión es susceptible de apelación.

- j. Todos los actos eran secretos y escritos.
- k. El acusado no conoce el proceso hasta que la investigación no esté afinada
- l. El juez no está sujeto a recusación de las partes.
- m. La decisión no se adopta sobre la base del convencimiento moral, sino de conformidad con el sistema de pruebas legales.

2.2.4.3. SISTEMA MIXTO

Debido a los inconvenientes y ventajas de los procesos tanto acusatorio e inquisitivo y a modo de una combinación entre ambos ha nacido la forma mixta, tuvo su origen en Francia.

La Asamblea Constituyente, ideó una nueva forma y dividió el proceso en dos fases: una secreta que comprendía la instrucción y otra pública que comprendía la oral.

Esta forma cobra realidad con el Código de Instrucción Criminal de 1808 y de allí se difundió a todas las legislaciones modernas más o menos modificadas, pero manteniendo siempre el principio básico de la combinación de las dos formas tradicionales.

2.2.5. EL SISTEMA ACUSATORIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO DEL 2004

2.2.5.1. ORÍGENES

Como bien se estableció anteriormente, el sistema acusatorio es el primero en aparecer en la historia, nace en Grecia de donde se extendió a Roma y sus orígenes se vinculan con una concepción democrática, tan es así que fue adoptado por los antiguos regímenes democráticos y republicanos y permaneció hasta el siglo XII, cuando fue sustituido por el sistema inquisitivo.

Antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), nos encontrábamos ante un modelo procesal penal básicamente inquisitivo, caracterizado por la concentración de facultades en el Juez Penal, con potestades para instruir (investigar) y resolver (Juzgar) conflictos penales; con un culto al expediente y apego por lo escrito, con serias restricciones al derecho de defensa, la reserva procesal, el reconocimiento de actos de investigación para sustentar las decisiones, omitiendo la etapa del juzgamiento. En síntesis, violaciones flagrantes a los principios de imparcialidad judicial, al juicio previo, al derecho de defensa, al debido proceso y tutela jurisdiccional.

En el caso peruano con la Constitución de 1979 en que se crea el Ministerio Público (como órgano constitucional autónomo, a fin de perseguir el delito) y se reconoce el derecho al Juicio Previo y a la inviolabilidad de la defensa, se sentaron las bases para el establecimiento de un sistema procesal de carácter acusatorio, empero el Código Procesal Penal de 1991 no entró en vigencia.

2.2.5.2. EVOLUCIÓN

La reforma del Proceso Penal, tiene larga data en nuestro país. El Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, que reemplazó al Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, generó amplias polémicas, especialmente en el seno de la Magistratura, donde se discutió bajo una óptica conservadora la viabilidad del denominado sistema mixto. El 12 de marzo del año 1937, el destacado magistrado peruano Carlos Zavala Loayza, presentó un anteproyecto del Código de Procedimientos Penales al Poder Ejecutivo de ese entonces, el que luego de su revisión fue aprobado el 23 de noviembre de 1939. Este Código ha sido objeto de innumerables modificaciones, tanto cuantitativa como cualitativamente, adoptando un sistema mixto.

Sobre el modelo adoptado por el Código Procesal Penal de 1991, vigente desde el 28 de abril de ese año en veintidós artículos y de *vacatio legis* el resto de sus articulados, así como el proyecto de Código Procesal Penal de 1995, publicado el 6 de abril de ese año, se adscriben, conforme lo señala su Exposición de Motivos al sistema acusatorio modernizado¹⁴

2.2.5.3. SISTEMA ACTUAL

Tras la publicación del Código Procesal Penal en 1991, que no entró en vigencia con excepción de algunos artículos, los legisladores nacionales se sumaron a la nueva corriente que ya se venía promocionando durante las tres últimas décadas en toda América Latina y que se ha consolidado en nuestro país con la promulgación del Código Procesal Penal de 2004. La tendencia actual por tener raíces en el modelo acusatorio antiguo ha dado en llamarse Modelo Acusatorio Garantista o liberal. El profesor español Juan Luis Gómez Colomer ha resumido las características de este modelo en los siguientes términos:

- a) Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para éste órgano público con exclusión (o mínima intervención) generalmente limitado a la pretensión civil de particulares sean o no ofendidos por el delito.
- b) Atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al juez instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario.

¹⁴ . Al respecto el profesor Ore Guardia así como Peña Farfán, convienen en adoptar que el modelo que inyecta el Código Procesal Penal de 1991 (y por tanto el de 1995) se adscribe al sistema acusatorio garantista, por su parte San Martín Castro y el profesor Cubas Villanueva, lo denominan modelo acusatorio. Por otro lado Sánchez Velarde, prefiere hablar de un sistema predominantemente acusatorio, al respecto Catacora Gonzales, nos dice que la reforma del Código Procesal Penal de 1991, se orientó a la adaptación del sistema acusatorio moderno, llamado también garantista. Finalmente, el profesor Rodríguez Hurtado, señala que el nuevo Código Procesal Penal es garantista y predominantemente acusatorio, nosotros coincidimos con el concepto denominado acusatorio garantista.

- c) Otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del principio de oportunidad, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la “conformidad”, bien a través de la llamada “negociación sobre la declaración de culpabilidad”.
- d) Conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal, o incluso única, de la persecución penal. (GÓMEZ 1997, 338)

Como se aprecia hay una marcada inclinación a replantear los roles institucionales: **Al Ministerio Público** le corresponde la persecución del delito, por ello, es titular del ejercicio de la acción penal pública, y como tal, dirige la investigación con plenitud de iniciativa y autonomía, conforme a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 159 de la Constitución Política del Estado, en tanto que la **Policía Nacional** del Perú, de acuerdo a la disposición citada concordante con el artículo 166, es un órgano técnico de apoyo que está obligado a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. Por su parte, al **Poder Judicial**, como órgano jurisdiccional, le compete exclusivamente la función decisoria. Juzga para sancionar o absolver al imputado; además ejerce la función de control de la investigación del delito y es garante de los derechos ciudadanos, así está previsto en los artículos IV y V del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal. (CUBAS 2009, 31 y 32)

El proceso acusatorio, además de replantear de modo protagónico la presencia del Fiscal en el proceso, destaca la tarea del **Juez Penal**, asignándole exclusivamente la facultad del fallo, dejando la labor de investigación en manos del Ministerio Público, que asistido por la policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación. El juzgamiento sigue siendo público¹⁵ y oral¹⁶ para

¹⁵ . La publicidad es considerada como una garantía del ciudadano sometido a juicio y a la vez como un derecho de cualquier ciudadano sometido a juicio y a la vez como un derecho político de cualquier ciudadano a controlar la

salvaguardar los derechos del imputado. El pensamiento progresista del presente siglo ha dedicado su esfuerzo por humanizar el proceso, por hacerlo más racional, es así que el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, se inspira en el mandato constitucional de respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona y busca establecer un equilibrio entre estos derechos y las facultades de persecución y sanción penal del Estado a través de sus órganos competentes, ello se fundamenta en el principio de limitación del poder que tiene y debe informar a un Estado Democrático de Derecho, cuyo límite son los Derechos Fundamentales reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que son incorporados al Derecho Interno.

2.3. SITUACIÓN JURÍDICA DEL CONDENADO ABSUELTO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL PERUANO

ANTECEDENTES

En los sistemas acusatorios históricos (Grecia, Roma, pueblos Germanos) no existía el derecho al recurso, es así, esto no significa que no existían derechos procesales de las partes. Sólo que no había posibilidad de recurrir debido a la forma en la que se configuró el proceso acusatorio.

actividad judicial. El tribunal Europeo de Derechos Humanos (S-12-83) ha señalado que, La función política de control del Poder Judicial que cumplen los particulares, a través de su presencia en un acto judicial público, consiste, precisamente, en la verificación del cumplimiento de las condiciones, requisitos y presupuestos jurídicos por parte de quienes desempeñan la tarea de administrar justicia. La finalidad de la publicidad es que el procesado y la comunidad tengan conocimiento sobre la imputación, la actividad probatoria y la manera como se juzga, así la comunidad podrá formarse un criterio propio sobre la manera como se administra justicia y la calidad de la misma. (CUBAS 2009, 43)

¹⁶ . La necesidad de la oralidad de la audiencia es indiscutible, en tanto se requiere el debate entre los intervinientes, por ello está íntimamente ligado al llamado principio de inmediación. La oralidad determina una directa interrelación humana y permite un mayor conocimiento recíproco entre quienes intervienen en el juicio oral. SCHMIDT ha señalado con acierto que la aplicación de estos principios “es la única forma por medio de la cual se puede obtener una sentencia justa (...) que el debate oral, como procedimiento principal, permita que la totalidad de los miembros del tribunal cognitivo puedan obtener una comprensión inmediata de todas las declaraciones y demás medios de prueba. (CUBAS 2009 a, 44)

Por ejemplo, en el sistema acusatorio griego contaba con tres personas con funciones distintas: el acusador, el acusado y el tribunal juzgador. Este último estaba conformado por un número variado de ciudadanos (de 500 a 1000) no expertos en derecho, y que fallaban con base en lo visto en el juicio oral, de acuerdo a su íntima convicción.¹⁷

En consecuencia, la sentencia estaba sustentada en mérito de la íntima convicción de los jueces, en mérito de lo que estos habrían podido observar en el desarrollo del juicio, complementado con la observación del procesado, es decir, su desenvolvimiento en juicio.

Los recursos nacen con el sistema inquisitivo, ya que la organización política en el que se desenvuelve este sistema de enjuiciamiento penal es vertical, esto es, de un centralismo extremo y dominado por la religiosidad. Aquí la posibilidad de recurrir, se concibe más que un derecho, como un control jerárquico sobre el inferior como señala Horvitz Lennon, los recursos son mecanismos de impugnación de las decisiones judiciales surgidas durante el desarrollo del sistema inquisitivo, como instancia de control burocrático asociadas a la centralización del poder y a su organización jerárquica. (HORVITZ 2004, 347)

Los recursos existen aún ahora y no se podría pensar un sistema procesal sin ellos, por cuanto garantizan la pluralidad de instancia, esto es, la revisión de un fallo por un órgano superior o distinto al que sentenció en primera instancia, tal como se garantiza en el proceso penal acusatorio moderno cuya exigencia es que esté en armonía con nuestra Constitución Política e instrumentos internacionales, sin embargo, conforme lo previsto en los artículos 419 inciso 2 y 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal, es posible que la Sala Superior al resolver el recurso de apelación, pueda condenar recién en sede de segunda instancia al sentenciado que fue absuelto, en primera instancia, por lo que como se desprende, la condena recién existe y por primera vez ante la Sala Penal y que según lo

¹⁷ . En la medida en que las más puras manifestaciones históricas del sistema acusatorio el cuerpo de juzgamiento se integraba por jurados legos, es evidente que el pronunciamiento debía surgir de un convencimiento íntimo no atado a otras reglas preestablecidas que las que se configuran por los modos de conocimiento habituales y por los modos de experiencia referidos al curso normal de los acontecimientos y la conducta humana. (VAZQUEZ 1995, 201)

regulado por nuestro sistema procesal actual, sólo quedaría al condenado cuestionar tal sentencia haciendo uso del limitado y restringido recurso extraordinario de Casación.

2.3.1. SEGÚN LA DOCTRINA.

Pasamos a considerar a la doctrina procesalista penal extranjera, más relevante respecto del condenado absuelto, así tenemos:

En Estados Unidos -apegada a la doctrina anglosajona-, Cuando el fiscal solicite la nulidad del juicio (*mistrial*) debido a dificultades para probar la culpabilidad del acusado en razón de una evidencia débil, el principio de *non bis in idem* impedirá un nuevo juicio sobre los mismos cargos. En Estados Unidos una absolución por el Jurado (o el Tribunal) es definitiva y no puede ser apelada por la fiscalía, impidiendo de esta forma las revocaciones arbitrarias de absoluciones del jurado que a veces se encuentran en algunos países europeos. (THAMAN 2005, 173-175)

Para el jurista argentino Julio Maier, quien comparte la doctrina de los Estados Unidos, sostiene que, el principio de *ne bis in idem*, correctamente interpretado por su solución más estricta para la persecución penal, debería conducir por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia, pueda evitar la decisión del tribunal de juicio mediante un recurso contra ella, que provoca una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, con lo cual somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y, eventualmente, aun nuevo juicio (...) repárese en que, si permite al Ministerio Público buscar renovadamente la condena con un recurso, al menos ello conduce, necesariamente, a que, si la consigue en última instancia o en un nuevo juicio todavía se debe ofrecer al imputado –por primera vez respecto de esa condena –un recurso para atacarla ante un tribunal superior (...) se advertirá también, más allá de ello, como queda a la vista la múltiple persecución penal provocada por el Estado, el sometimiento múltiple al riesgo de una consecuencia jurídico-penal. El único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente, pues el riesgo múltiple queda

eliminado si, además, la segunda sentencia de condena eventual no puede superar la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*). (MAIER 2008, 635-636)

La doctrina chilena, por intermedio de Horvitz Lennon y López Masle, han expresado que, el principio bajo el cual se resuelve el problema en los Estados Unidos es, precisamente, el que nosotros conocemos como *non bis in idem*. En efecto, la Corte Suprema Norteamericana ha considerado que, cuando un jurado en un caso criminal llega a un veredicto de “no culpable” (*not guilty*), la prohibición contra la doble incriminación impide la misma persecución de la misma ofensa. La garantía constitucional invocada allá es la prohibición de doble exposición (*double jeopardy prohibition*), que está incorporada en la Quinta enmienda y que dispone, en lo pertinente, que “ninguna persona será sometida a ser puesta dos veces en peligro de vida o aislamiento por la misma ofensa (*no person shall be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*). El caso fundamental es *United States vs. Ball* (...) que data del año 1896, y que ha sido considerado como “la piedra angular” de la jurisprudencia sobre doble exposición (...) no obstante lo criticable que, desde una perspectiva doctrinaria, pueda ser el carácter bilateral de la facultad de recurrir, ella debe ser admitida, sin embargo, como una característica más del régimen de los recursos. (HORVITZ 2002, 362-363)

De esta manera, se niega al Estado persecutor, que pueda instaurar otro proceso a un ciudadano que ya se lo investigó por algún ilícito, constituyendo tal negativa en una garantía, la misma que se traduce en seguridad jurídica a favor de los integrantes de la sociedad, donde se regula jurídicamente de esta manera, práctica jurisdiccional digna de imitar.

En lo que respecta, a la doctrina nacional tenemos:

La posición de Neyra Flores, al respecto menciona, se ha empezado a discutir la constitucionalidad del recurso de apelación ejercido por el Ministerio Público contra una resolución absolutoria con el objetivo de que se condene al imputado, o

contra una resolución que si bien es condenatoria no impone la cantidad de años, que a razón de acusador, debería dársele al procesado, buscando el fiscal que se aumente la sanción impuesta. (NEYRA 2010, 187)

Por su parte, y desde una óptica contraria San Martín Castro, ha expuesto, si se estima el recurso de apelación por razones de fondo, no hay ninguna razón para que el Juez *ad quem* se abstenga de emitir una sentencia condenatoria, revocando la de primera instancia. El Código italiano expresamente contempla tal posibilidad, al que ha seguido el proyecto de de 1995, y, por cierto, la Ley española la considera implícitamente necesaria, tanto más si con la apelación el apelante busca que el órgano judicial superior emita un fallo sustantivo aceptando su pretensiones impugnatorias. Sin embargo, el artículo 301 in fine del Código de 1940, al regular el recurso de nulidad, expresamente prescribe que en caso de sentencia absolutoria, La Corte Suprema sólo puede declarar la nulidad y ordenar nuevamente instrucción o nuevo juicio oral, no obstante que si permite absolver al injustamente condenado y modificar la pena según la naturaleza del delito o las circunstancias de su comisión (...) Por consiguiente, en tanto se afirma la doble instancia como principio constitucional en el orden procesal resulta imprescindible otorgar al Juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia para condenar al indebidamente absuelto por el Juez *A quo*. Cuando en el Código de 1940 se invoca la inmediación como obstáculo para la condena en vía recursal, olvida que expresamente se concede al revisor poderes para aumentar o disminuir la pena y que precisamente la inmediación es el principio más limitado que registra dicho Código. (SAN MARTÍN 2012, 463-476)

Como corolario al respecto tenemos el fundamento de la Comisión de Derecho Penal de la Clínica Jurídica de acciones de interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quienes ha sustentado que, una interpretación literal en el sentido señalado y absoluta del Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incurre en un serio problema de unilateralismo interpretativo y por ende de ilegitimidad constitucional e incluso

contra el propio PIDCyP. Así, lo que está en juego no es únicamente los derechos del acusado, sino además otros derechos y bienes constitucionales que es del caso tener en cuenta con la misma pretensión de validez. En efecto, lo contrario implica romper el principio de igualdad de armas en el ámbito de los recursos (el acusado **tendría una tercera oportunidad de** discutir la pretensión punitiva), el derecho de las víctimas en el proceso penal, la realización del valor justicia, así como la celeridad en el proceso penal que se traduce en el derecho al plazo razonable (...) En esta misma línea, a partir de dicha disposición podemos señalar que no solo se logra apreciar la diferenciación de funciones procesales que el NCPP prevé, sino que también el deseo del legislador por alcanzar la justicia pronta y cumplida dentro de un marco razonable (...) en coherencia con lo expuesto, se puede afirmar que la regulación del Artículo 425, inciso 3 literal b), permite una decisión final del proceso, evitando la anulación sucesiva de sentencias absolutorias, que se presentaba como una de las dificultades de C. de P.P., al restringir al Juez de apelación de anular las sentencias, pudiéndose producir, en algunos casos, una secuencia interminable(...). (Clínica Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú 2012)

En tal sentido; si un procesado, ha sido declarado inocente en primera instancia, en segunda instancia puede ser condenado, por apelación del representante del Ministerio Público -fiscal- el mismo que no estuvo conforme con el fallo de primera instancia, es decir, el fallo en segunda instancia constituiría cosa juzgada, en consecuencia, al procesado se le estaría vulnerando el derecho de apelar la sentencia en “segunda instancia” ya que él en ningún momento ejercitó tal derecho (recurrir la sentencia que le causa agravio), en esta línea, la situación jurídica del sentenciado absuelto, es que si puede ser condenado en segunda instancia, con lo cual se estaría vulnerado el derecho de pluralidad de instancias, como elemento consustancial del derecho a un debido proceso.

2.4. MEDIOS IMPUGNATORIOS

2.4.1. ASPECTOS GENERALES

Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales. En post de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso transformada en otra de sentido contrario, modificada o reformada o incluso eliminada, fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancia de control burocrático que como garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad. De esta característica participaban, también, los recursos contra la sentencia, entre ellos, fundamentalmente, la apelación; que admitiera el reexamen de oficio del caso, sin recurso alguno, control obligatorio de la decisión para el tribunal inferior.¹⁸

Es razonable que así sucediera, en consecuencia, con la organización política imperante. Todos los poderes de la soberanía política residían en quien ejercía el poder político central en forma exclusiva. Conforme a ello, los jueces o inquisidores eran solo delegados del monarca absoluto, quienes estaban obligados a seguir sus reglas y a devolver la jurisdicción delegada, por escalones (organización judicial vertical), a aquel que se les había delegado y que la detentaba originariamente, en definitiva, al monarca, la cúspide del poder político. De allí el significado del hoy llamado efecto devolutivo de los recursos, característica básica de estos remedios-devolución de la jurisdicción a un tribunal superior en grado.¹⁹

¹⁸ . “El sistema pasó a las colonias hispanoamericanas a través del derecho de España, introducido por la conquista y colonización, y pergeñó en estas latitudes no sólo un sistema alambicado de recursos contra la decisión, sino, también, la obligación de someter de oficio el reexamen del caso ante un tribunal superior, por parte de tribunales inferiores, la llamada consulta, que aún perdura en varias de las organizaciones judiciales hispanoamericanas” (MAIR 2002,706).

¹⁹ . San Martín Castro enseña: el recurso es el instrumento legal puesto a disposición de las partes y destinados a atacar una resolución judicial para provocar su reforma, su anulación o su declaración de nulidad (SAN MARTÍN 2003, 671).

Por otra parte toda la organización y estructura del procedimiento respondía a esta necesidad: de allí que resultaba imprescindible documentarlo en actas escritas y que, consecuentemente, el fallo tuviera su única base de convicción en esos protocolos; ésa era la única manera de que el tribunal *aquo y el aquem* decidan sobre un mismo objeto (...); en otras palabras, de que el caso sea reexaminado desde la misma atalaya o desde la misma base de conocimiento o fuente de información que fundó la decisión. (CLARIA 2000, 443)

El derecho a la impugnación posee marco constitucional, pues se sustenta en el principio de la tutela jurisdiccional (Artículo 139.3), principio del debido proceso, especialmente, el principio de instancia plural (Artículo 139.6), por lo tanto, la existencia del sistema de medios impugnación en la legislación ordinaria, obedece a un imperativo de orden constitucional.

Además de las normas previstas en los Pactos Internacionales en materia de derechos fundamentales como la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos que establece como garantía judicial el derecho de “recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior” (Artículo 8.2.h) y el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14.5).

Para Ore Guardia, el medio de impugnación es el instrumento procesal del cual se sirve el sujeto impugnante para ejercitar el derecho a impugnar, que a su vez se clasifica en “remedios” y “recursos”, los primeros son los que se interponen contra cualquier acto procesal, siempre que este no se halle dentro o forme parte de las resoluciones judiciales; mientras que los segundos son medios impugnatorios que el sujeto procesal pasivo interpone contra actos contenidos en resoluciones que violan o lesionan sus derechos, a fin de que sean revisadas por el mismo juez (*a quo*) o por el superior (*ad quem*). (ORE 1996, 402)

Podemos afirmar entonces, que los recursos, forman parte del proceso penal, y que garantizan tanto el accionar en el decurso del proceso, así como sirven de control de las resoluciones que dan por finalizado el proceso, es decir, quien – parte procesal- no está de acuerdo con tal decisión, planteará el recurso respectivo a fin de que el órgano superior confirme o revoque tal decisión.

2.4.2. NATURALEZA JURÍDICA

A. LA IMPUGNACIÓN Y EL DERECHO DE ACCIÓN

Para Enrique Vescovi, señala que el poder de impugnación vendría a ser una emanación del derecho de acción o una parte de este, o que en todo caso existiría una relación del todo a la parte entre la acción y el medio impugnativo correspondiente, como fuese, dicho autor especifica que esta vinculación con el derecho de acción (...) hace que se deba concluir, también en este caso, que se trata de un derecho abstracto, que no está condicionado a la existencia real del defecto o injusticia. O dicho de otra manera, que no interesa que quien recurra tenga un derecho concreto basta que se invoque su poder (abstracto) para que se le permita ejercer la actividad impugnativa, aunque luego como sucede en la acción se le deniegue el derecho. O, inclusive, como acaece en la demanda (...) que se la rechace por defectos formales sin darle curso (VESCOVI 1988, 12). Complementa Fairen Guillen, al sostener que “la impugnación constituye una continuidad de la fuerza de la primitiva acción y su desarrollo en la pretensión, las cuales no se agotan con la resolución gravosa.” (FAIREN 1990, 479).

En consecuencia, se tiene que el derecho a impugnar corresponde a toda persona que tenga interés en el proceso, la misma que debe estar reconocida legalmente y cumpla con los requisitos establecidos en la Ley, a fin de que su recurso sea admitido a trámite y a una posterior decisión.

B. LA IMPUGNACIÓN Y LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

En igual sentido Sánchez Velarde, al referirse a los medios impugnatorios, indica que “se trata del derecho de las partes con reconocimiento constitucional, pues se sustenta en los principios de pluralidad de instancias (...) y a la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional.” (SÁNCHEZ 2004, 187).

Doig Díaz, precisa que consciente de su trascendencia, la Constitución Peruana de 1993 junto al reconocimiento del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en el que los distintos ordenamientos suelen subsumir el derecho a los recursos (...) contempla expresamente el derecho a la pluralidad de instancia (...) de lo anterior podría concluirse que el constituyente peruano, en el marco del derecho a los recursos, ha vinculado al legislador a un concreto sistema de impugnación, sin negar, por lo tanto, una suerte de identificación entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia. García del Río sostiene que el derecho a recurrir (a impugnar más precisamente) forma parte de los derechos fundamentales de la persona reconocidos en sede constitucional. Se sustenta en los principios de pluralidad de instancias y la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional. (GARCIA Del RIO 2002, 10)

San Martín Castro, señala que la existencia de la impugnación (...) responde a un imperativo constitucional, incluso es contenido en un derecho fundamental y que, de no estar explícitamente considerado en el artículo 139°.6., implícitamente lo estaría en el artículo 139°.3., de la ley fundamental que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional. (SAN MARTÍN 1999, 674)

En lo que concierne a la vinculación de la impugnación y el derecho al debido proceso, quizás, teniendo en cuenta lo que ya se ha afirmado en los párrafos anteriores, lo más difícil sea distinguir entre el Debido Proceso y la

Tutela Jurisdiccional Efectiva, en esta distinción, es importante tener claro que la Tutela Jurisdiccional Efectiva se origina en la Europa Continental, mientras el concepto de debido proceso tiene su origen más bien en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América donde se lo conoce como el “*due process of law*”, el cual tiene una vertiente sustantiva, que es “la habitualmente denominada debido proceso legal sustantivo”, dirigida más bien a evitar un comportamiento arbitrario de quien detenta alguna cuota de poder, máxime si con ese comportamiento arbitrario se vulneran algunos derechos considerados básicos y por ende, susceptibles de tutela(...) y por otro lado tiene una vertiente procesal “entendida desde su formulación original como la posibilidad de que en todo procedimiento seguido contra cualquier persona (proceso judicial, procedimiento administrativo o procedimiento entre particulares) se respeten ciertos elementos mínimos mediante los cuales se asegura el alcanzar el valor justicia dentro (o a través) de ese mismo procedimiento. (ESPINOSA 2000, 42, 44 y 45)

En este contexto, la tutela jurisdiccional efectiva estaría relacionada al Derecho de todo ciudadano de tener acceso a los órganos jurisdiccionales con la finalidad de que se resuelva una *litis* o incertidumbre jurídica y cuyo resultado o decisión se haga efectiva, es decir, se ejecute, en consecuencia, el desarrollo del proceso encaminado a resolver la incertidumbre jurídica o poner fin a un conflicto, debe obligatoriamente, cumplir con las reglas del debido proceso, en tal sentido, el derecho a impugnar se deriva del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, porque no es una regla que debe cumplirse en la tramitación del proceso, sino es el derecho de toda persona inmersa en un proceso de impugnar, cuestionar o contradecir las decisiones expedidas por los Tribunales Jurisdiccionales a fin de obtener una decisión legal que resuelva el conflicto conocido. Complementando este punto no debemos de perder de vista que si bien la Constitución Política del Estado en su artículo 139 inciso tercero, pareciera diferenciar ambas garantías (debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva) sin embargo, es de destacar que el artículo cuarto del Código Procesal

Constitucional, al referirse a la impugnación de resoluciones judiciales vía acción de amparo, indica que el debido proceso está incluido dentro de la tutela jurisdiccional efectiva.²⁰

C. Impugnación y Principio de Control jurisdiccional.

Algunos autores consideran que la impugnación constituye un mecanismo propio del principio de control de la administración de justicia así, BINDER, precisa que a través de los medios de impugnación se cumple con el principio de control, que es un principio central de la estructuración del proceso y de todo el sistema penal, el mismo que se sustenta en cuatro pilares:

1. La sociedad debe de controlar como los jueces administran justicia.
2. El sistema de justicia penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol, para permitir la planeación institucional.
3. Los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada.
4. Al Estado le interesa controlar como sus jueces aplican el derecho.

Continúa Binder, señalando que en el tema de los recursos (entendido como tal a la impugnación) se materializa, principalmente, el interés de control de los sujetos procesales; pero también influye en ellos el interés social o estatal en normalizar la aplicación del derecho. Siguiendo al mismo autor se entiende que el derecho a recurrir como el establecimiento de un mecanismo que desencadena un mecanismo real de control sobre el fallo que va a ser conocido por un órgano superior dotado de suficiente poder para revisarlo. (BINDER 2004, 286-287)

²⁰ . Procedencia respecto de las Resoluciones Judiciales: El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (Código Procesal Constitucional, Artículo 4).

Por su parte Maier sostiene que los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales, en post de intentar demostrar su injusticia (agravio) y, de lograr, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso transformada en otra de sentido contrario, modificado o reformada, o, incluso eliminada, fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantía de seguridad a los súbditos sometidos a una decisión de autoridad. (...) el sistema así concebido llegó a nuestros días. En la administración de justicia penal sobre todo, subsistente el sistema de persecución estatal, los recursos no significan – en especial, el recurso contra sentencia definitiva-, al menos en primer lugar, una garantía procesal a favor del imputado o del condenado, sino, antes bien, un medio de control por tribunales superiores sobre el grado de adecuación de los tribunales inferiores a la ley del Estado, comprendidos en ella no sólo la forma de enjuiciamiento y su solución, sino también, en ocasiones, la fundamentación de las decisiones y la valoración que estos tribunales inferiores hacen del material incorporado al procedimiento. (MAIR 2002, 705-707)

Concluye Maier señalando: (...) que los recursos contra decisiones judiciales, no parecen responder, en origen, a la concesión de una garantía para el justiciable, sino, antes bien, a la necesidad de un control jerárquico interno y externo sobre la administración de justicia, propia de una organización jerárquica. (de sentido vertical) (MAIR 2003, 506)

Compartimos en parte lo expresado por los autores citados, sin embargo mencionamos que éste mecanismo de control jurisdiccional, se encuentra condicionado o limitado, es decir, quienes pueden recurrir a tal mecanismo sólo serían las personas legítimamente habilitadas, esto es, de la voluntad de las partes, por ende, este control de las decisiones de los jueces no sería general sino particular por lo antes acotado.

D. La impugnación y reconocimiento normativo

De los antes esgrimido, a nuestro parecer, compartimos la opinión de Francisco Chamorro Bernal, en el sentido que el derecho a impugnar forma parte del plexo garantista del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, lo cual bastaría para ser reconocido como un derecho constitucional, sin embargo, como señala Yolanda Doig Díaz, consciente de su importancia, ha efectuado un reconocimiento autónomo al derecho a impugnar al consagrar como principio y derecho de la función jurisdiccional, la pluralidad de instancia, tal como se verifica en el inciso 6 del artículo 139 de nuestra Carta Magna, debiendo precisarse que la instancia plural no es otra cosa que una derivación del derecho a impugnar.

Además este reconocimiento se enmarca dentro del proceso que ha venido en denominarse la constitucionalización de los derechos procesales, así se tiene que:

La legislación ordinaria, también ha desarrollado este precepto, como se desprende de la Ley Orgánica del Poder Judicial, específicamente en su artículo 11°, el mismo que señala: Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a Ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa Juzgada. Su impugnación solo procede en los casos previstos en la ley.

Por su parte el Artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que el proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

El título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, señala que las resoluciones son recurribles, en los casos y modos previstos por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recursos de apelación, y el artículo 404° del mismo cuerpo legal prescribe, que las

resoluciones son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Los recursos se interpone ante el Juez que emitió la Resolución, cabe precisar una aclaración en este extremo, en lo concerniente a lo citado “recurso impugnatorio” lo correcto sería hablar de medio impugnatorio, ya que el recurso es una clase de aquel y por ende todo recurso lleva implícita la naturaleza impugnativa, esto es, la contradicción u objeción planteada por la parte procesal.

Reiteramos, que el derecho a impugnar ha sido reconocido por instrumentos internacionales aprobados por nuestra legislación interna, así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Artículo 14.5 señala expresamente: Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la Ley²¹ asimismo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 8.2.h. precisa que durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, al derecho a recurrir el fallo ante el Juez o Tribunal Superior.²²

2.4.3. COMPONENTES DE LA IMPUGNACIÓN

La impugnación, es un concepto que encierra o comprende varios elementos o componentes cuya identificación permitirá entender su naturaleza. Antes de pasar a conocerlos debemos recordar la impugnación, dentro del proceso, es el acto de objetar, rebatir, contradecir o refutar un acto jurídico procesal de los sujetos del proceso. Es el acto de recurrir, especialmente contra las resoluciones del juzgador. Es la oportunidad en que se hace uso del contradictorio. El proceso es una sucesión de actos, de los sujetos procesales, que se van incorporando válidamente, sólo así

²¹ . Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el Artículo. 49 (Ministerio de Justicia 2001, 474).

²² . La Convención sobre derechos Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, la misma que fue suscrita por el Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada mediante Decreto Ley 22231 del 11 de julio de 1978 (Ministerio de Justicia 2001,509).

forman parte de él y surten sus efectos. Realizado un acto jurídico procesal, se notifica a las partes ofreciéndoles dos opciones: Consentir o impugnar. Si el acto es consentido, de manera tácita cuando no se impugna; o expresa, cuando se acepta fehacientemente, se incorpora al proceso y genera sus efectos. En cambio, si sucede lo contrario, es decir, si se impugna, ese acto no se incorporará al proceso ni surtirá sus efectos hasta que no quede ejecutoriada cuando es confirmada. Si la impugnación prospera, dicho acto nunca habrá existido en virtud de la anulación o revocación.

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

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

forma de resolución (acto de notificación, audiencias, ofrecimiento de medio probatorio, etc.)

- d) **Finalidad**, radica en el objetivo de la impugnación: La anulación o revocación, total o parcial del acto viciado. Por la anulación se deja sin efecto el acto viciado y se ordena la reposición al estado anterior a fin de que se rehaga o simplemente quede así. En la revocación se modifica o reforma el acto cuestionado con arreglo a derecho. Si la impugnación no prospera, el acto cuestionado quedará firme y se incorporará válidamente al proceso para generar sus consecuencias.

Para Véscovi, la finalidad y fundamento de la impugnación, constituye un principio político que rige el sistema impugnativo. Los medios impugnativos, sostiene, aparecen como el lógico correctivo para eliminar los vicios e irregularidades de los actos, representando un modo de buscar su perfeccionamiento; y, en definitiva, una mayor justicia. (VÉSCOVI 1988a, 234)

Precisados estos elementos o componentes de la impugnación, a continuación pasamos a desarrollar los principios que constituyen su columna vertebral o base sobre el cual se levanta aquella.

2.4.4. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LOS RECURSOS IMPUGNATORIOS

- a. **Principio de legalidad**²³ Los recursos deben estar predeterminados por la ley. El código en su artículo 404.1, prescribe lo siguiente: “Las resoluciones judiciales serán impugnables sólo en los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley”. Cuando corresponde interponer un determinado recurso, generalmente no se admite otro (principio de singularidad del recurso).

²³ . Guarda relación con el principio de taxatividad el mismo que establece que las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley, que según la jurisprudencia lo ha establecido en los siguientes términos: “El presupuesto procesal de carácter objetivo que condiciona la admisión a trámite de todo recurso impugnatorio está referido al objeto impugnable, es decir, a la resolución que puede recurrirse, en tanto rige el principio de taxatividad de los recursos (...) no contempla la resolución que se cuestiona como recurrible vía recurso de nulidad - única vía ordinaria y formal para acceder a este Supremo Tribunal. (expediente N° 822-2007)

b. Principio de trascendencia²⁴ En virtud del cual, sólo se puede interponer el recurso, cuando la parte se encuentre legitimada, es decir, aquél que resulte agraviado con la resolución recurrida. El Código establece que para la procedencia de un recurso se requiere: que sea presentado por quien resulte agraviado con la resolución, tenga interés directo y se halle legalmente facultado para ello. Asimismo, establece que el Ministerio Público puede recurrir, inclusive a favor del imputado. (Artículo 405.1, apartado a), precepto que acentúa la función del defensor de la legalidad como es del representante del Ministerio Público.

En cuanto al ámbito de los recursos y los legitimados para recurrir tenemos que tanto el imputado como el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente del objeto penal o civil de la resolución, y el actor civil sólo podrá impugnar con respecto al objeto civil de la resolución (Artículo 407).

c. Principio dispositivo²⁵ Significa 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,

²⁴ . Respecto a este principio el Tribunal Constitucional ha expresado: “En cuanto al recurso impugnatorio –de nulidad presentado por el representante del Ministerio Público cuyo propósito es confirmar la recurrida cabe precisar que en esencia el criterio en contra que acoge el artículo (...) es el principio *nullité seans grief*, del Derecho francés, esto es que sin perjuicio no hay nulidad, de tal manera que quien formula el pedido de nulidad debe acreditar estar perjudicado con el acto viciado, sosteniendo claramente el daño sufrido y como consecuencia de ello la defensa que no pudo realizar” (expediente. N° 4936-2007).

²⁵ . Este principio considera que los recursos constituyen un derecho individual, para reclamar contra los vicios del proceso en busca de su perfeccionamiento y de la obtención de sus fines. Como también, según la finalidad pública del proceso, constituirán una mejor manera de lograr la recta aplicación del Derecho y la actuación de la Ley, y según la jurisprudencia: “Por principio dispositivo(las partes son el sujeto activo de la instancia recursal que inicia si media la impugnación del interesado) de aplicación de los medios impugnatorios, se le faculta al tribunal de apelaciones pronunciarse en estricto sobre los agravios de la impugnación de las artículo – por lo que solo le corresponde al Tribunal resolver dentro de los términos del ámbito del recurso- , conforme a lo establecido(...), en concordancia con el principio *tantum devolutum quantum appellatum* (tanto devuelvo como apelado), asimismo, la ejecutoria aludida ha señalado respecto a materia de nulidades insubsanable o absoluta que las normas de garantía no puede invocarse para afectar precisamente al propio garantizado (Expediente N° 268-2007).

en razón del cual, el órgano superior sólo se puede pronunciar con respecto 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. En ese punto el código concede, al órgano revisor, la potestad de declarar la nulidad en el caso de nulidades (absolutas o sustanciales) que no hayan sido advertidas por el impugnante. (Artículo 409.1)

Vinculado al principio dispositivo, encontramos dos instituciones que recoge el código: La adhesión y el desistimiento (IBERICO 2007, 81), regulados, en los artículos 404.4 y 406 del Código Procesal Penal de 2004, respectivamente. El primero implica que los sujetos que tengan derecho a recurrir (y en su momento no lo hicieron), podrán adherirse al recurso interpuesto (por cualquiera de los sujetos procesales), antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda. Por su parte el segundo implica que los que hayan interpuesto el recurso pueden desistirse antes de expedirse la resolución, debiendo expresar sus fundamentos. En el caso que el recurso haya sido interpuesto por el abogado defensor, éste no podrá desistirse sin mandato expreso de su patrocinado. El desistimiento de uno de los recurrentes no afecta a los demás recurrentes o adherentes, pero aquél debe responder por las costas.

d. Principio de prohibición de reforma en peor²⁶ El principio de prohibición de reforma en peor, se sustenta en razones de justicia y equidad, a favor del

²⁶ . En el punto siete del Acuerdo Plenario N° 5-2007/CJ-116, se establece lo siguiente: “La Prohibición de “reforma peyorativa”, significa, según Claus Roxin, que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando solo ha recurrido el acusado o la fiscalía a su favor (Derecho Procesal penal, Editores del Puerto, Buenos Aires 2000, p .454. La *non reformatio in peius* forma parte del régimen de garantías legales de los recursos, en cuya virtud los pronunciamientos de la sentencia que no hayan sido impugnados por las partes –en especial por la parte recurrente- quedan excluidos de toda posibilidad de revisión por parte del órgano jurisdiccional superior, por consiguiente, no es posible un pronunciamiento más gravoso para el recurrente, salvo si corresponde mejorar su situación jurídica [está demás reiterar que la sentencia que resuelve el recurso debe de respetar en todo caso los límites de la correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia que se exige para la instancia anterior] como tal, esa limitación está conectada, de un lado, al derecho a la tutela jurisdiccional y, de otro, al derecho de defensa, en su vertiente negativa de prohibición de la indefensión, su incumplimiento no es otra cosa que una modalidad de incongruencia procesal; si el tribunal revisor modifica la sentencia de oficio, en perjuicio y sin audiencia y contradicción del recurrente, vulnera ostensiblemente no solo el derecho de defensa – se vulnera el principio de

imputado. Se encuentra regulada expresamente en el Código de la siguiente manera: “(...) 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*- se prohíbe que el órgano revisor agrave aún más la situación del imputado, cuando éste sea el único recurrente, ya que el fiscal consintió la resolución quedando prohibido reformar para empeorar la situación del imputado. En el caso que impugnen tanto el imputado y 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, aún a favor del imputado.

e. Principio de inmediación²⁷ Según Montero Aroca, no es idóneo un recurso resuelto sólo sobre la base de materiales y elementos correspondientes a la primera instancia. Una de las novedades código es la vigencia de este principio, pues para resolver, como es el recurso de la apelación contra sentencia, se necesita de una audiencia, en la cual el órgano revisor, tendrá la oportunidad de conocer directamente a los órganos de prueba y sobre esa base, decidir lo que respecta al caso. (MONTERO 1997, 180)

f. Principio de doble instancia representa una mayor garantía, es decir, una verdadera depuración, especialmente del material de hecho; un trabajo de

contradicción en la medida que se excede los términos del debate recursal- tergiversa el propio derecho al recurso e infringe el principio acusatorio, que exige que el tribunal debe obrar con respeto y dentro del marco de las peticiones señaladas por el recurrente y se erige, en puridad, el verdadero fundamento de dicha institución, conectada a su vez con la garantía de la correlación entre acusación y sentencia que deriva de aquel; de ahí que integra el contenido esencial del debido proceso penal” que en ese sentido, estando al acotado principio que a su vez constituye y una garantía del debido proceso, que se encuentra implícitamente comprendido en nuestro texto constitucional, no se podrá medicar la condena sancionando los hechos imputados al encausado con una pena más grave que la impuesta, por cuanto el representante del Ministerio Público no formula el recurso impugnatorio correspondiente. (Expediente N° 2741-2007)

²⁷ . Este principio expresa dos formas. como principio formal, es decir, como exigencia de percepción directa de la prueba; y como principio material, es decir, en la vertiente por la cual solo es posible tomar en consideración la prueba práctica ante el Tribunal. (BACIGALUPO 2004, p. 22)

clasificación y selección, que permite en el segundo grado, una decisión más ajustada y meditada para un mayor respeto y confianza que pueda brindar el Poder Judicial. (Expediente: N° 4533-2001). Todo medio impugnatorio tiene por objeto lograr por parte del justiciable que un órgano de una instancia superior modifique determinada decisión que obviamente le es desfavorable a sus intereses.

Uno supone que al existir una rígida forma de ataque y defensa de los encargados de impartir justicia tendría un camino fácil para tomar las decisiones, porque bastaría coartarse de la realidad de lo expuesto por cada uno y darle la razón a quien correspondiera, y si de paso los dioses y expertos de diversa índole daban una mano, la solución debía ser inexpugnable- en principio es así, que tanto que los fallos que emiten los encargados de administrar justicia adquieren el carácter de norma obligatoria, equiparable a la de normas legales y son susceptibles de ser ejecutados con el apoyo de la misma fuerza que la organización social tiene para garantizar que las disposiciones legales se cumplan. (MEDINA 2005, 86)

2.4.5. EFECTOS

Los recursos en materia penal, pueden producir diversos efectos:

Devolutivo, suspensivo, diferido, y extensivo:

A. El efecto devolutivo:

El efecto devolutivo hace referencia a que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano superior jerárquico al que dictó la resolución recurrida. Siendo sus manifestaciones las siguientes:

-) Hace cesar los poderes del *a quo*.
-) Paralelamente el *ad quem* asume el conocimiento de la causa para reexaminar lo decidido.
-) La providencia queda en estado de interinidad.

En nuestro sistema recursal, el único medio impugnatorio que no comparte este efecto, es el recurso de reposición (Artículo 415 del Código Procesal

Penal) porque quien tiene competencia para efectuar el reexamen impugnatorio, es el propio Magistrado que emitió la resolución que es materia de cuestionamiento o impugnación. Además a este medio impugnatorio también se lo puede denominar recurso devolutivo.

Lo que 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.

B. El efecto suspensivo:

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 en comento, que regula el efecto no suspensivo y los recursos, señalando que “Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente.”(SÁNCHEZ 2009a, 860). También refiere que las impugnaciones contra sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado, no podrán tener efecto suspensivo.

En ese contexto, es importante precisar que el artículo 418 del Código Procesal Penal, establece expresamente: “salvo disposición contraria a la ley”. El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia, pero si se tratase de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, éste extremo se ejecutará provisionalmente, en consecuencia en tal supuesto el recurso de apelación no tiene efecto suspensivo.

En el caso de recurso de queja, tal como lo establece el inciso 4 del artículo 437 del Código Procesal Penal en vigor, no tiene efectos suspensivos: Las

interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

C. El efecto extensivo:

Concerniente 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, aún cuando no hayan recurrido; cabe resaltar que sólo tendrá este efecto las decisiones que favorezcan al imputado. El artículo 408 del mismo cuerpo legal antes indicado, regula este efecto y lo extiende al caso del tercero civil:

- a) Cuando hayan pluralidad de imputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá 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.

Es así, que el Código Procesal, recoge el efecto extensivo de los recursos, esto es, en el artículo 408, el cual prescribe: Que cuando existe pluralidad de imputados la impugnación de cualquiera de ellos favorecerá a los demás, claro, siempre y cuando la fundamentación del medio impugnatorio no responda a criterios exclusivamente personales. Incluso el legislador amplía los efectos extensivos de los recursos al precisar que la impugnación planteada por parte de alguno de la parte legitimada éste favorecerá al tercero civil, y del mismo modo la impugnación planteada por éste favorece a los imputados, con la limitación antes expuesta y que en consecuencia no puedan interrelacionarlos.

D. El efecto diferido

Procede esta modalidad recursal, en los procedimientos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando dicte auto de sobreseimiento u otra resolución que ponga fin al ejercicio de la acción penal o que haga imposible que continúe

respecto de alguno de ellos, estando pendiente el enjuiciamiento de los otros. En este supuesto, interpuesto el recurso y concedido, su remisión al tribunal *ad quem* recién se producirá cuando se dicte sentencia. (SAN MARTÍN 1999a, 688-689)

En tal sentido, 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 140). La parte perjudicada puede interponer recurso de queja, en la forma prescrita por ley.

2.5. LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

2.5.1. CARACTERÍSTICAS COMUNES

El Código 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), pero si se interpone oralmente contra resoluciones finales, se formalizará por escrito en el plazo de 5 días (Artículo 405.2).
- 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).

2.5.2. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Se trata de un recurso no devolutivo, ya que su tramitación y resolución corresponde al órgano judicial que dictó la resolución impugnada, a decir de Gimeno Sendra²⁸: se dirige contra los decretos que son decisiones de trámite judicial, con la finalidad de que el juez que lo dictó examine nuevamente el caso y dicte la resolución que corresponda (Artículo 415.1)²⁹

Está regulado por el artículo 415 del Código Procesal Penal que establece: El recurso de reposición procede contra los decretos, a fin de que el juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda. Se trata de resoluciones de menor importancia, aquellas que impulsan el desarrollo del proceso. Este recurso puede interponerse ante cualquier tribunal, que este a cargo del proceso

²⁸ . Es un recurso de reforma, ordinario, no devolutivo, ni suspensivo que procede contra las resoluciones interlocutorias dictadas por el órgano jurisdiccional. (SENDRA 710)

²⁹ . Cabe anotar que el Código, en el artículo 415.1, segundo párrafo, prescribe que: “El recurso de reposición procede contra decretos (...)” (Código Procesal Penal 2004, Artículo 415.1)

conforme a su competencia funcional, vale decir que procede tanto durante el curso de la investigación como del juzgamiento.

También recibe el nombre de revocatoria, súplica, reforma o reconsideración, es un recurso con el que se pretende obtener, que en la misma instancia donde fue emitida una resolución, se subsanen los agravios que aquella pudo haber inferido. Se trata de un medio no devolutivo. Tiene su fundamento en la economía procesal representada por la conveniencia de evitar una doble instancia, otorgándole al tribunal autor de una resolución la oportunidad de corregirla luego de un nuevo estudio. En cuanto al trámite se observará lo siguiente:

- Durante las audiencias solo será admisible contra todo tipo de resolución, salvo las finales. El juez las resolverá en ese mismo acto sin suspender la audiencia.
- Si interpuesto el recurso el juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente inadmisibile, lo declarará así sin más trámite.
- Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas. Si el juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.
- El auto que resuelve la reposición es inimpugnable.

2.5.3. EL RECURSO DE APELACIÓN.

A. Concepto y finalidad

La apelación constituye uno de los recursos impugnatorios de mayor frecuencia en el proceso penal. Ortells Ramos, sostiene que se trata del recurso ordinario por antonomasia y que a través de aquél un órgano jurisdiccional de grado superior puede juzgar y resolver de nuevo cuestiones fácticas y jurídicas ya resueltas y hacerlo con la amplitud que determine el recurrente y que autoricen los poderes oficiales de aquel órgano jurisdiccional. Es un recurso por naturaleza devolutivo, ya que el reexamen o revisión de la resolución impugnada es de competencia del órgano jurisdiccional superior de aquél que lo expidió. Siendo su finalidad la de revisar lo resuelto por la instancia judicial

inferior y de esa manera posibilitar un mayor grado de acierto y justicia de la resolución. (ORTELLS 1998, 353). Para Hinostroza Miguez³⁰, considera a la apelación como un recurso ordinario y vertical presentado por la persona que se siente agraviada a fin de que el órgano superior revoque o anule la decisión que le causa agravio.

Por otro lado la apelación es considerada como un remedio procesal que tiene por objeto el control de la función judicial, que se funda en una aspiración de mejor justicia, remedio por el cual se faculta al litigante agraviado por una sentencia o interlocutoria, a requerir un nuevo pronunciamiento de un tribunal jerárquicamente superior para que, con el material reunido en primera instancia y el que restringidamente se aporte en la alzada, examine en todo o en parte la decisión impugnada como errónea, por implicar una falsa apreciación de los hechos o una equivocada aplicación o interpretación del derecho; y la reforme o la revoque en la medida de lo solicitado. (TAWIL 1990, 40)

El recurso de apelación procede contra dos tipos de resoluciones: las sentencias y los autos. El artículo 416 del Código, prevé lo siguiente:

El recurso de apelación procederá contra:

- a. Las sentencias,
- b. Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia.
- c. Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena.

³⁰ . “La apelación es aquel recurso ordinario y vertical o de alzada, formulado por quien se considera agraviado con una resolución judicial (auto o sentencia) que adolece de vicio o error, encaminado a lograr que el órgano jurisdiccional superior en grado al que la emitió (*a quo*) la revise (*a quem*), y proceda anularla o revocarla, ya sea total o parcialmente, dictando otra en su lugar ordenando al *a quo* que expida una nueva resolución de acuerdo a los considerandos de la decisión emanada del órgano revisor” (HINOSTROZA 1999, 105).

- d. Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva.
- e. Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

B. Características

El plazo para la interposición de la apelación, es de cinco días para la apelación contra sentencias; tres días para la apelación contra autos interlocutorios (aquellos que no ponen fin al proceso). El plazo se contará desde el día siguiente de la notificación de la resolución (artículo 414). Cuando el recurso de apelación sea interpuesto oralmente, en audiencia, contra resoluciones finales (Ej. Sobreseimiento, Terminación Anticipada), se tendrá que formalizar por escrito en el plazo de cinco días. (Artículo 405.2)

La Sala Penal Superior, conoce de las resoluciones dictadas por el Juez de la Investigación Preparatoria, Juez Penal, Unipersonal o Colegiado (todos los mencionados pertenecen a un mismo nivel jerárquico dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial); mientras que el Juez Penal Unipersonal conoce de la apelación contra la sentencia dictada por el Juez de Paz Letrado.

La apelación tendrá efectos suspensivos, cuando se trate de sentencias, autos que resuelvan sobreseimientos o que pongan fin a la instancia. En el caso que se trate de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, ese extremo se ejecutará provisionalmente. El Tribunal Superior, en cualquier estado del proceso recursal, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá decidir si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse. Esta resolución es inimpugnable. (Artículo 418)

La Sala Superior puede anular o revocar, total o parcialmente, la resolución impugnada. Incluso, tratándose de sentencia absolutoria podrá dictar sentencia de condena (Artículo 419.2). Ello en razón a que, con la nueva regulación se

instaura juicio de apelación, donde se permite la actuación de pruebas (sobre eso nos referiremos en adelante).

En el caso que la Sala Penal Superior tenga su sede en un lugar distinto del Juzgado, el recurrente deberá fijar domicilio procesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio del recurso de apelación. En caso contrario, se le tendrá por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones dictadas por la Sala Penal Superior. (Artículo 416.2)

C. El recurso de apelación contra autos:

El recurso se interpone ante el Juez que emitió la resolución, el mismo que efectúa un primer control de admisibilidad, posteriormente notifica la decisión a todas las partes, procediendo a elevar los autos al órgano superior (Artículo 405.3), una vez recibidos los autos, la Sala Penal Superior, correrá traslado del escrito de fundamentación del recurso a los sujetos procesales, en el plazo de 5 días. Cuando se haya absuelto el traslado o vencido el plazo, el órgano jurisdiccional revisor podrá rechazar de plano el recurso (este representa el segundo control de admisibilidad del recurso). El auto en el cual la Sala declara inadmisibile el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, conforme a lo señalado. En caso contrario, se fijará día y hora para la audiencia de apelación. (Artículo 420)

Antes de la notificación del mencionado decreto, los sujetos procesales, pueden presentar pruebas documentales, o solicitar que se agregue a autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso. Ello se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales por el plazo de 3 días. La Sala, de manera excepcional, podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales (su registro) sin que esto importe la paralización del procedimiento principal. Como se aprecia, en la audiencia de apelación se procede a la actuación de pruebas, circunscribiéndolas a la prueba documental.

En la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales, que lo estimen conveniente y no podrá aplazarse por ningún motivo. El desarrollo de la audiencia es el siguiente: se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso; luego tomará la palabra el abogado recurrente y a los demás abogados; el acusado tendrá el derecho a la última palabra. La Sala, en cualquier momento de la audiencia, puede formular preguntas a los intervinientes, solicitarles que profundicen su argumentación o se refieran a algún punto concreto de la cuestión debatida. La Sala absolverá el grado en el plazo de veinte días, salvo disposición contraria prevista.

D. El Recurso de Apelación Contra Sentencias

En palabras de Sánchez Velarde, El juicio de apelación constituye una nueva institución procesal que si evidencia un cambio sustancial en la forma de resolver las impugnaciones que se hagan a la sentencia y que la legislación anterior no contemplaba. La revisión de la sentencia impugnada importa un nuevo juicio oral, con las mismas garantías y principios, pero con determinadas limitaciones en orden a la actividad probatoria. Se entiende que este juicio no debe ser extenso y las reglas del mismo dan la responsabilidad del mismo al tribunal colegiado o Sala Penal Superior. (SÁNCHEZ 2009b, 184)

Este juicio de apelación de la sentencia está regulado en los artículos 421 al 426 del Código Procesal Penal de 2004, los que establecen las siguientes reglas que se relacionan con la admisibilidad, actuación de pruebas, audiencia pública y la sentencia de segunda instancia.

La Sala Penal Superior competente es la encargada de dirigir este procedimiento de apelación. Comunica a las partes del recurso de apelación, con la absolución o vencido el plazo admite o declara inadmisibile de plano el recurso. En este segundo caso, el auto que lo declara podrá ser objeto de recurso de reposición. Admitida la apelación, la Sala comunicará a las partes que pueden ofrecer sus pruebas.

Las partes harán su ofrecimiento de pruebas por escrito debiendo indicar el aporte que espera con dicha prueba, bajo sanción de inadmisibilidad. El recurrente deberá fijar su domicilio procesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio del recurso de apelación. En caso contrario, se le tendrá por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones dictadas por la Sala Penal Superior (Artículo 416.2). El citado recurso se presenta ante el Juez que emitió la resolución, quien efectúa un primer control de admisibilidad, luego de ello notifica la decisión a todas las partes, procediendo a elevar los autos al órgano superior. (Artículo 405.3)

Una vez recibidos los autos, la Sala Penal Superior, correrá traslado del escrito de fundamentación del recurso a los sujetos procesales, en el plazo de 5 días. Cuando se haya absuelto el traslado o vencido el plazo, el órgano jurisdiccional revisor podrá rechazar de plano el recurso (este representa el segundo control de admisibilidad del recurso). El auto en el cual la Sala declara inadmisibile el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, conforme a lo señalado. En caso contrario, se fijará día y hora para la audiencia de apelación.

Antes de la notificación del mencionado decreto, los sujetos procesales, pueden presentar pruebas documentales, o solicitar que se agregue a autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso. Ello se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales por el plazo de 3 días. La Sala, de manera excepcional, podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales (su registro) sin que esto importe la paralización del procedimiento principal. Como se aprecia, en la audiencia de apelación se procede a la actuación de pruebas, circunscribiéndolas a la prueba documental.

En la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales, que lo estimen conveniente y no podrá aplazarse por ningún motivo. El desarrollo de la audiencia es el siguiente: se dará cuenta de la resolución recurrida, de los

fundamentos del recurso; luego tomará la palabra el abogado recurrente y a los demás abogados; las pruebas que fueron admitidas pero no pudieron actuarse por causas ajenas a la parte. Los medios probatorios deben estar referidos a la impugnación de la culpabilidad o inocencia del imputado; a la determinación de la sanción; o a la reparación civil; en este último caso, rigen los límites del artículo 374 del Código Procesal Civil.

Se establece que serán citados los testigos -también agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala, por exigencia de los principios de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia. (Artículo 422.5)

La Sala decidirá la admisión de las pruebas teniendo como marco normativo lo dispuesto para las pruebas en la misma ley procesal (Artículo 155). Se establece que dicha resolución es inimpugnable. Citará a una audiencia de apelación, notificando a las partes, a los acusados si fueran varios; incluso a los testigos y agraviados, si lo considera necesario o las partes lo piden.

La audiencia se realizará con obligatoria asistencia del fiscal y del imputado apelante; también de los demás acusados si el apelante fue el fiscal. Si el fiscal o el acusado impugnante no concurren a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso interpuesto. Lo que evidencia una sanción al recurrente que no presta interés procesal en su impugnación que, en el caso del Ministerio Público resulta de singular irregularidad. Resulta claro que la parte recurrente es la que debe concurrir a dicha audiencia.

En la audiencia se seguirán las reglas del juicio oral en lo que sea compatible; se dará cuenta de la sentencia y de la impugnación; las partes podrán ratificarse de la apelación o desistirse total o parcialmente de la misma; se actuarán las pruebas admitidas (declaración de testigos, peritos entre otros); se examinará al imputado de manera obligatoria si se trata de una impugnación sobre su

responsabilidad, pero puede abstenerse a declarar; se podrán examinar a los testigos o agraviados, también al perito o dar lectura al dictamen pericial o prueba documental admitida. También se posibilita la actuación de pruebas de oficio. (Artículo 424.4)

Culminada la actuación de pruebas, las partes harán sus alegatos debiendo iniciarlo el recurrente; el acusado siempre podrá hacer uso del derecho a la última palabra, es decir, en su caso, será el último que exponga ante la Sala. Seguidamente se suspenderá la audiencia para proceder a la deliberación y expedición de la sentencia, bajo las reglas ya expresadas, la misma que tendrá un plazo máximo de diez días. La sentencia se decide por unanimidad o por mayoría. Hay que señalar que la Sala valorará la prueba actuada en la audiencia de apelación, incluso la que cuestione la prueba actuada en la fase anterior. De acuerdo con la nueva ley procesal, la Sala puede:

- a. Resolver la nulidad, en todo o en parte de la sentencia apelada, remitiendo al juez lo actuado para la subsanación del caso.
- b. Confirmar o revocar la sentencia apelada, incluso, si la sentencia es absolutoria, puede dictar una de condena imponiendo pena y reparación civil, decisión que puede ser opinable pero perfectamente viable en el nuevo contexto de la ley procesal; también la Sala puede referir un fundamento distinto para absolver; si la sentencia es condenatoria puede dictar la absolución, o referir un fundamento distinto.
- c. Modificar la pena, asimismo, imponer, modificar o excluir penas accesorias o medidas de seguridad. (Artículo 425.3)

La Ley procesal establece que si se declara la nulidad de la sentencia condenatoria a instancia del imputado, en el nuevo juicio oral no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primer juicio. (Artículo 426.2)

La sentencia de segunda instancia se pronuncia siempre en audiencia pública; se notificará a las partes y se llevará a cabo con las que asistan pues no cabe el aplazamiento por ningún motivo. (Artículo 425.4)

Contra la sentencia de apelación sólo procede el pedido de aclaración, corrección y el recurso de casación. Leída y notificada la sentencia, se remite lo actuado al Juez que corresponda para la ejecución del fallo. Como se podrá observar, las facultades de la Sala Superior de apelación son amplias, pero además, permite una revisión de lo actuado en el juicio de primera instancia bajo los mismos principios de contradicción, oralidad e inmediación.

2.5.4. EL RECURSO DE CASACIÓN

El recurso de casación en materia penal constituye una de las instituciones procesales de mayor prevalencia en la doctrina, que permite la formación de la jurisprudencia suprema, como enseña Claus Roxín, la casación es un recurso limitado, permite el control *in jure*, lo que significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal. (ROXIN 2000, 466)

Es así, que se buscaría una mejora de la calidad de los fallos judiciales a la que se llegó ante la necesidad de obtener que los encargados de impartir justicia tuvieran una unidad de criterio en la aplicación de las normas, lo que condujo a que se crearan jueces especializados en interpretar las normas para la generalidad de los jueces. Aparece el concepto de casación en la que un proceso es examinado por los magistrados de más alto rango –las supremas cortes- para determinar qué tan acertada es la interpretación que los jueces inferiores le dieron a la norma aplicable al caso, y decidan si está bien o mal para que en el futuro cada juez se ajuste en lo posible a ese entendimiento, con lo que se conseguiría, en teoría, una uniformidad en la aplicación de la ley, tal y como lo prescribe el artículo 429 del Código Procesal Penal de 2004, que precisa:

Son causales para imponer recurso de casación:

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.
3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

2.5.5. EL RECURSO DE QUEJA DE DERECHO

La queja constituye un recurso extraordinario que busca alcanzar la admisibilidad de una impugnación denegada por la instancia anterior. Se busca que el juez superior pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad decidida por el inferior se ha ajustado o no a derecho. (SAN MARTÍN 1999b, 767)

Este recurso tiene una naturaleza excepcional, recurrente de la negativa del órgano jurisdiccional para admitir una impugnación. Se trata de una vía procesal indirecta para lograr se conceda la impugnación deducida y negada. Se le llama queja de derecho y de acuerdo con la ley procede en dos casos: a) cuando el juez declara inadmisibile un recurso de apelación; y b) cuando la Sala Superior declara inadmisibile un recurso de casación.

2.6. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ARTÍCULO 425, INCISO 3, LITERAL B., CONTENIDO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004.

A continuación analizaremos la posibilidad (establecida en el literal b, del inciso 3, del Artículo 425, establecida en el Código Procesal Penal en vigor) de condenar a una persona, que ha sido absuelta por el órgano jurisdiccional de primera instancia, en virtud del recurso de apelación, planteado por el representante del Ministerio Público que no estuvo conforme con lo resuelto por el *a quo*. Para tal efecto tendremos como base tanto la interpretación eurocontinental así como la interpretación acusatoria inclinada al *common law*, en relación del Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a continuación se detallan:

2.6.1. INTERPRETACIÓN EUROCONTINENTAL DEL ARTÍCULO 14.5 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:

Teniendo en cuenta la Cuarta Disposición Transitoria y Complementaria de nuestra Carta Magna, el Artículo 14.5 del indicado Pacto, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, el mismo que señala, toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley, argumento que ha sido recogido por el protocolo N° 07 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³¹ la interpretación de esta norma ha sido un punto fundamental a la hora de establecer los alcances de recurso de apelación.

La interpretación eurocontinental, que al recoger esta regulación – en los países tributarios de este sistema- causó problemas en cuanto a su interpretación, toda vez, que el ámbito de aplicación del derecho al recurso-según la redacción de la norma- está circunscrito a la sentencia condenatoria.

³¹ . Señala que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o de condena sean examinados por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, serán regulados por la Ley.

Así, los doctrinarios europeos explican esta situación usando como argumento la influencia norteamericana en la redacción de esta norma, pues en el sistema procesal penal de ese país existe la prohibición de *doublé jeopardy*, es decir, la prohibición de correr el riesgo de ser condenado luego que una sentencia absolutoria dada por el jurado ya puso fin a la controversia en torno a la no culpabilidad del procesado, es decir, no correr ese riesgo dos veces. En Estados Unidos el único sujeto procesal legitimado para impugnar una sentencia es el acusado y actual condenado, por lo tanto, el representante del Ministerio Público no lo podrá hacer.

Como lo expresa Montero Aroca, a la hora de interpretar el derecho al recurso que contiene el Artículo 14.5 del Pacto de 1966, no debe olvidarse que el sistema procesal penal anglosajón y en especial de los Estados Unidos, se configura partiendo de la base de la intervención del jurado y que, después del veredicto de este, si es absolutorio el fiscal no dispone de recurso, y si es condenatorio la persona condenada tiene derecho a que un tribunal superior, compuesto solo por jueces profesionales, controle si en el proceso se han observado todas las garantías de lo que viene denominándose “proceso debido” y, en su caso, anule el proceso, el cual debe repetirse ante un nuevo jurado. El tribunal superior técnico no conoce de una segunda instancia, en el sentido que esta institución tiene en los países del sistema jurídico europeo continental, sino de un recurso que tiende a determinar si en el proceso ante el jurado se han respetado las garantías procesales del acusado; si el recurso es estimado se produce la anulación de la condena, pero el tribunal superior no realiza un verdadero juicio sobre el fondo, sino que este se debe realizar ante un nuevo jurado, si es que el fiscal mantiene la acusación. (MONTERO 2008, 474-475)

Por lo cual, los autores que propugnan esta interpretación señalan que el Código Procesal de 2004, según su artículo 404.2 prescribe, el derecho de impugnación 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. En tal sentido, habilita la posibilidad de que el representante del Ministerio Público pueda contradecir o apelar la sentencia absolutoria o la que le cause agravio.

En ese sentido, la referencia expresa de esta norma internacional al condenado no excluye que los acusadores puedan recurrir una decisión absolutoria si no la consideran ajustada a derecho; o incluso condenatoria por estimarse insuficiente la condena, en aplicación esencial del principio de igualdad de las partes que excluye cualquier tipo de trato procesal discriminatorio. (MONTERO 2007, 370)

Desde el plano jurisprudencial tenemos que esta opción ha tenido reconocimiento en nuestro país, como se desprenden de las siguientes sentencias -principales piezas procesales se encuentran en los respectivos anexos de la presente investigación- que a continuación detallamos:

Expediente N° 2008-01403-87-1308-JR-PE-1 (imputado Alberto Abraham Canchari Melga), correspondiente al distrito judicial de HUAURA, y que la Sala de Apelaciones, mediante sentencia de fecha 14 de julio de 2009, en la cual se absolvía de la acusación fiscal al imputado del cargo del delito de actos contra el pudor, en donde reformándola, se dictó sentencia condenatoria, y que a la fecha tiene valor de cosa juzgada.

Tal y como se ha sentenciado en el Distrito Judicial de Huaura, (...) por mayoría resuelve: **REVOCAR** en todos sus extremos la sentencia de fecha 14 de julio de 2009, donde se **ABSUELVE** de la acusación fiscal al imputado del cargo de actos contra el pudor en agravio de la menor de iniciales E.C.L.C, reformándola **SE CONDENA** por el delito contra la libertad sexual – modalidad de actos contra el pudor- en agravio de la menor de las iniciales E.C.L.C a la pena privativa de libertad de siete años, fijándose por concepto de reparación civil la suma de dos mil nuevos soles. (Expediente N° 2008 –1403- Sala de Apelaciones de Justicia de Huaura)

Expediente N° 1488-2011-96-1706-JR-PE-06 (imputado Roberto Torres Gonzales), correspondiente al distrito Judicial de Lambayeque, proceso en el cual la Sala de Apelaciones, emitió su fallo de fecha 22 de mayo de 2012, mediante el cual revocando la sentencia absolutoria y reformándola condenaron al acusado.

(...) Por tales consideraciones, y con la facultad que autoriza el artículo 425.3.b) del NCPP, la Segunda Sala Penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, **FALLA: REVOCANDO** la sentencia absolutoria, y **REFORMANDOLA, CONDENARON AL ACUSADO ROBERTO CACERES GONZALES**, como autor del delito de peculado de uso en agravio de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, y como tal le impusieron 2 años de pena privativa de libertad, suspendida en ejecución, por el periodo de prueba de un año, sujeto a las siguientes reglas de conducta(...) asimismo le impusieron la pena de inhabilitación accesoria, por el periodo de dos años, de conformidad con el artículo 36.1.2 del Código Penal (esto es, “ privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado aunque provenga de elección popular; e incapacidad para” obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. **FIJARON EN SEIS MIL NUEVOS SOLES**, el monto de la **REPARACIÓN CIVIL**, que el sentenciado deberá abonar a favor de la Municipalidad Provincial de Chiclayo (Estado). **DISPUSIERON** se remitan testimonios de condena: al registro Nacional de Condenas de la Corte Suprema de la república, mas boletín de condena; al Registro Distrital de Condenas de la Corte Superior de Justicia de la Lambayeque; y al sentenciado en forma personal, dejándose constancia en autos. Devuélvase al Juzgado de origen para la correspondiente intervención judicial de la pena y vigile su ejecución y el pago de la reparación civil.

2.6.2. INTERPRETACIÓN ACUSATORIA INCLINADA AL COMMON LAW DEL ARTÍCULO 14.5 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:

Esta segunda interpretación recoge la opinión de autores argentinos seguidos de algunos estudiosos peruanos, adoptando una posición de interpretación de que está vedado condenar a un sentenciado absuelto.

Así lo expresa Meier, al señalar que “esta garantía procesal (...) debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena se necesite una doble

conformidad judicial, si el condenado la requiere” (MEIER 2003, 714), esto trae como consecuencia que “primero, solo serían recurribles las sentencias penales condenatorias; y, segundo, que tal derecho solo corresponde al condenado” (FLORES 2010, 368-369).

En la misma Línea Ore Guardia, señala que parte del contenido del Artículo 425, inciso 3, literal b., le niega al procesado la interposición de un recurso ordinario que habilite la revisión de la que es en realidad, la primera condena, por lo que esto resulta un procedimiento inconstitucional y, por ende, contrario a la orientación acusatorio garantista del nuevo modelo. (ORE 2010, 103)

Acogiendo el mismo trazado Jauchen, sustenta que en el proceso penal la garantía del derecho al recurso está exclusivamente reservada para el imputado contra quien se ha dictado una sentencia condenatoria o bien, a pesar de ser absuelto, se lo ha obligado a cumplir con una medida de seguridad o corrección. Desde la vigencia de tales convenciones internacionales se produjo un cambio relevante en relación al anterior principio de bilateralidad en las facultades recursivas del enjuiciamiento penal. (JAUCHEN 2005, 451)

Las posturas contrarias a esta interpretación tratan de salvar esta situación a través del recurso de Casación, pues se ha señalado que este recurso sería el que analizaría la condena del absuelto, por lo que existiría un recurso efectivo contra la decisión jurisdiccional.

Sin embargo, el recurso de apelación no posee los mismos límites del recurso de casación, así relatando la experiencia española señala Doig Díaz, que el Estado español (ante una demanda por sus sistema de recurso ante el Comité de Derechos Humanos, órgano que da las líneas de interpretación del PIDCyP), alegó que la casación como único recurso en los casos de delitos graves, constituía prácticamente una segunda instancia; sin embargo, el Comité entendió de la información y de los documentos presentados por el Estado parte que no quedaba desvirtuada de la denuncia del autor de

que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluyó que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisados íntegramente, limitando dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumplía con las garantías que existe el párrafo 5 Artículo 14 del Pacto. Por lo que, la casación es inútil a estos efectos lo que se requiere es un recurso de apelación. (DOIG 2004, 195)

Asimismo, se refiere que no puede existir un recurso para el Ministerio Público sobre la base igualdad de armas, por que el fiscal y el imputado no son iguales, pues el Ministerio Público es parte del Estado y tiene a su disposición todo el poder persecutorio y por su parte el imputado no, es decir, se encuentra en evidente desventaja, en tal sentido no debe darse esta facultad amplia de impugnar al representante del Ministerio Público, pues ya tuvo el tiempo necesario y toda la maquinaria de poder estatal al respecto a fin de demostrar la culpabilidad del acusado y no logró con tal objetivo, es decir, condenarlo, en consecuencia, no debe restringirse por segunda vez, tal y como lo ha sustentado Maier, al destacar, que el principio *Ne bis in idem*, correctamente interpretado debería conducir, por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido probar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia, realice una nueva persecución penal en pos de una condena o de una condena más grave, pues esto somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y eventual, a un nuevo juicio, habiendo ya una decisión sobre este punto. (MAIER 2003, 716)

Al respecto tenemos una sentencia recaída en el Expediente 2008-12172-15, (cuyas piezas procesales se ajuntan como anexos) emitido por la Sala Superior de Justicia de Arequipa, que adoptó un criterio similar al resolver, en el cual declaró inaplicable a este caso en concreto, parte del artículo 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004, esto es, únicamente en cuanto señala que “si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar”; señalando que el control difuso se aplicaba al colisionar la referida disposición del Código Procesal Penal con la garantía

constitucional de doble instancia que consagra nuestra Carta Magna, así como la Convención de de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos del Cual el Perú es parte, en tal sentido se elevó en consulta, el cuaderno a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema y que ésta ha resuelto la Consulta aduciendo que la condena del absuelto no afecta la garantía de doble instancia reconocida en el inciso 6 del Artículo 139 de la Constitución Política del Estado.³²

Tenemos, en conclusión, que si un procesado que fue absuelto en primera instancia, es condenado en segunda instancia, se le estaría negando el derecho de recurrir, es decir, acceder a una pluralidad de instancia, derecho fundamental que debe de ser respetado, máxime si el sentenciado nunca tuvo la oportunidad de que el fallo condenatorio sea revisado íntegramente, por lo que tal condena deviene en inconstitucional.

2.6.3. DERECHO DE PLURALIDAD DE INSTANCIAS.

A. A nivel internacional

El derecho a la pluralidad de instancia³³ se encuentra regulada tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 que prescribe lo siguiente: (...) Durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad a

³² . La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; al absolver la consulta señala que: “ La condena del Absuelto no afecta la garantía de doble instancia(...) en la medida que, en estricto, lo que se reconoce en dicha norma constitucional es la garantía de instancia plural, la misma que se satisface estableciendo, como mínimo, la posibilidad en condiciones de igualdad de dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero” (...) asimismo se aprecia: “El Principio constitucional de la instancia plural trata en definitiva de que la organización del proceso admita que la posibilidad del objeto o pretensión pueda ser discutida ampliamente en dos instancias, a instancia tanto de parte acusada como acusadora. Por ende, el acusado (pero también la acusación respecto de su pretensión) tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva, defendiéndose de la acusación durante la primer instancia y luego, ante la apelación presentada por el fiscal, también podrá hacerlo en segunda instancia, a través de su alegatos respectivos (Consulta N° 2491-2010- Arequipa, fundamento 5 y 7).

³³ . Señala, el Tribunal Constitucional “garantiza que en la dilucidación de una controversia planteada en sede judicial, exista una estructura jurisdiccional que, cuando menos se encuentre organizada en una doble instancia, y para cuyo acceso se prevean los medios impugnatorios que correspondan”. (Expediente N°. 6149- 2006)

las siguientes garantías mínimas: (...) h derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Del mismo modo el referido derecho lo encontramos en el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos en su artículo 14, específicamente en su inciso 5 que a letra prescribe: Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley.

B. En la Constitución Política del Estado de 1993.

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2.- (...) Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. (...).

3.- La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional “El derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso con lo cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior y, de esta manera, permitir que lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional. (Expediente. 0282-2004)

Al tener en cuenta la consagración de la Constitución como la norma Fundamental de un Estado se puede extraer para todas y cada una de las parcelas que conforman el ordenamiento jurídico de nuestro país; pero en ningún sector la especial relevancia que alcanza la parcela del derecho penal; especialmente, cuando se considera de que la principal de las herramientas con que cuenta el derecho criminal, esto es, la pena privativa de libertad, constituyendo en la intervención más violenta que el Estado Social y Democrático de Derecho se puede permitir en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales de la persona Humana

(MAURACH 1994, 8). Para Tiedeman³⁴, estudioso que considera al proceso penal, como un punto máximo en la organización legal, al considerar que el Estado con toda la maquinaria a su alcance o fuerza como lo denomina pretenderá aplicar la sanción penal al delincuente.

Son diversas las referencias que en la doctrina moderna podemos encontrar acerca del valor normativo que la constitución posee para el proceso penal. Así, por ejemplo, Klaus Tiedemann ha señalado la dependencia del derecho Procesal Penal respecto del derecho constitucional. (ROXIN, Claus 1989, 140).

Alberto Binder, se ha referido a “la existencia de un diseño constitucional del Proceso Penal”. (BINDER 1993, 61)

Gómez Colomer, ha manifestado “la necesidad de un proceso constitucionalmente debido” (GÓMEZ 1992, 39). Por su parte, Eberhart Schmidt ha afirmado que el proceso penal tiene “fundamentos constitucionales”. (EBERHART 1957, 189)

Fundamentos como los expresados, no hacen sino reconocer la fundamental trascendencia y valor normativo que le corresponde a la Constitución en el Proceso Penal, tanto en su diseño legal como en su desarrollo para cada caso específico.

En consecuencia, la Constitución va a cumplir una función normativa muy importante en la concreta configuración del sistema procesal penal nacional. La principal de las razones se encuentra – como se viene dilucidando- en el hecho de que el poder penal le corresponde en exclusividad al Estado, no siendo otra cosa que el ejercicio del Poder estatal. Esto es, precisamente la Constitución el

³⁴ . “En el ámbito del proceso penal esta relevancia alcanza su grado máximo, pues en él, que el Estado ejercerá toda su fuerza para pretender aplicar dicha pena responsable de un delito. El Estado define las reglas procesales, diseña el proceso, determina la competencia de los funcionarios estatales, fija los casos de afectación de los derechos fundamentales del imputado, con la finalidad de aplicar el Derecho Penal, mientras que el imputado ingresa al proceso penal en franca desigualdad material (...) en el proceso penal tiene lugar el conflicto entre el poder punitivo estatal y la libertad personal del imputado, y como se verá, es un conflicto que tiene raíces constitucionales, de ahí que se afirme con razón, que el Derecho Procesal Penal el que se encuentra más fuerte condicionado por la normatividad constitucional.” (TIEDEMANN 1991, 157)

instrumento Jurídico Normativo Supremo en el que se fijan los contenidos, límites, posibilidades y competencias del ejercicio del poder estatal; toda la actuación estatal tiene que concordar necesariamente a lo constitucionalmente previsto, considerando además que nuestra Carta Magna constituye fuente de valores fundamentales que rigen el ordenamiento jurídico como así lo señala Berdugo Gómez.³⁵

La pluralidad de instancia:

El derecho a pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6 del Artículo 139 de la Constitución, tiene por objeto garantizar, que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal. (Expediente. 3261-2005)

2.6.4. Jerarquía de los tratados en el ordenamiento jurídico peruano.

La actual Constitución³⁶ Política del Perú de 1993, no deja mayores dudas respecto al rango normativo de los Tratados. En efecto, el inciso 4 del artículo 200 de la

³⁵ . “Otras de las razones esenciales de la importancia de la Constitución para el proceso penal peruano se va encontrar en el hecho de que ésta se configura en la fuente de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico normativo” (GÓMEZ 1996, 2).

³⁶ . Los antecedentes del uso del término Constitución se puede ubicar en épocas muy remotas, así: En el Lenguaje jurídico romano se usaba el término constitución para distinguir las fuentes del derecho dotadas de un valor particular; por ejemplo, la expresión *constitutines principis* hacía referencia a los actos normativos del emperador, dotados de eficacia superior respecto de los demás actos análogos uso se encuentra en el ordenamiento canónico a propósito de las *constitutioni pontificie e sinodali*, revestidas también de una importancia superior al de las otras normas. CICERON hablaba de la *constitutio populi* para indicar la estructura política de un pueblo. Ese mismo término se habla en el Medioevo, por ejemplo en MARCSILIO DE PADOVA y otros autores que emplean la expresión *constitutio republicae*, en el sentido de estructura política fundamental”. López Guerra Luis. Introducción al Derecho Constitucional. Valencia – España: Tiran Lo Blanch, 1994, pág., 3, por su parte López Guerra ha señalado que, con anterioridad a la época de las revoluciones de los siglos de los siglos XVII y XVIII han existido ciertos precedentes constitucionales, en el sentido de normas que presentan características similares, en cuanto a su forma y contenido, a las propias del constitucionalismo moderno. Se ha podido hablar así de constitucionalismo antiguo, con referencia a las normas, principios y resoluciones judiciales que, en la edad media, e incluso en épocas anteriores pretendían regular las actividades de los poderes públicos, señalando sus competencias y límites (...) sin embargo en su sentido moderno recién va aparecer durante el siglo

Constitución atribuye en general rango de Ley a los Tratados, sin hacer distinción alguna entre los Tratados aprobados por el Congreso (vía Resolución Legislativa) y aquellos ratificados por el Presidente de la República. (vía Decreto Supremo)

Sobre la naturaleza jurídica de las resoluciones legislativas existió en el pasado gran polémica. Algunos, como Miguel de la Lama, pese a que estas se enumeran correlativamente a las leyes, entendían que no eran leyes, sino actos Administrativos del Congreso. Otros consideraban que si bien las resoluciones legislativas no recibían la formalidad de la promulgación característica de las leyes ni están sujetas a los mismos procedimientos parlamentarios para su adopción, lo cierto es que la aprobación del Congreso era lo que brindaba legitimidad a los Tratados para que pudieran imponerse a las Leyes en caso de colisión normativa, debiendo entenderse en este sentido que tales resoluciones eran en realidad Leyes.

En este punto, si bien la actual Constitución no dice en qué consiste la Resolución Legislativa ni la incluye entre las disposiciones con rango de ley contra las cuales procede interponer acción de inconstitucionalidad (artículo 200), debemos concluir que la misma posee rango de Ley; en tanto su emisión implica el ejercicio por parte del Congreso de su función legislativa. Y, porque el congreso solo legisla con normas de rango de ley. Esto es confirmado por el artículo 4 del Reglamento del Congreso de la República que señala: “La función legislativa comprende el debate y la aprobación de reformas de la Constitución, de leyes y resoluciones legislativas”. (RUBIO 1997,133), en el mismo sentido Ballesteros considera que los Tratados tienen rango de Ley.³⁷

XVIII, cuando se usa para designar la carta Política Federal (1787), que, asimismo, es considerada como la primera de las constituciones modernas; de las que ha señalado como característica definidora: la afirmación radical de la libertad del individuo, y la existencia de unos derechos irrenunciables del mismo, como criterio esencial de la organización del Estado. (LÓPEZ 1994, 17)

³⁷ . En el mismo sentido se ha manifestado Bernales Ballesteros, “Los temas contenidos en este artículo serán aprobados por el Congreso mediante una Resolución Legislativa, que es norma con rango de ley. Por consiguiente, estos tratados tendrán rango de ley en el Derecho interno.” (BERNALES 1996, 298)

Para una cabal comprensión del significado del valor normativo de la constitución en el proceso penal tenemos que partir de la definición del Derecho como un conjunto cuyo fundamento de validez está en la norma básica (Constitución) y complementada por Bobbio, para quien solamente se puede hablar de derecho cuando existe un complejo de normas que forman un ordenamiento en tal sentido el derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas, es decir, una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras normas con las cuales forma un sistema normativo. (De ASÍS 1995, 25)

Políticamente la Constitución, es el instrumento jurídico por el cual se ha constituido y organizado un Estado democrático, lo cual es fundamental para el correcto ejercicio de la función penal del Estado (la más violenta de todas), entiéndase una función penal garantista, que excluya la arbitrariedad y las violaciones de los derechos fundamentales, en tal sentido entiéndase a la nuestra Carta Magna como el instrumento determinante para la validez jurídica y política de un Estado contemporáneo, siempre y cuando estemos en condiciones de respetar su contenido.

A. Caso de colisión entre un Tratado y una Ley Interna. Establecido el rango de ley de los Tratados en nuestro ordenamiento jurídico, resulta fundamental establecer un criterio de solución en caso de conflicto entre un Tratado y una Ley interna peruana.

La Constitución de 1979, en su artículo 101 adoptó una fórmula claramente monista, estipulando que: “en caso de conflicto entre el Tratado y la Ley, prevalece el primero”. De esta forma, las leyes internas que contenían normas que se hallaban en contradicción con las disposiciones de un Tratado, dejaban de aplicarse a favor de este y, por otro lado, las Leyes aprobadas con posterioridad a la entrada en vigencia un Tratado, tampoco podían tener efectos jurídicos que pudieran impedir la aplicación del instrumento internacional. (MALDONADO 1989-1990, 353)

En consecuencia, la norma del artículo 101, en comentario, no afirmaba que el Tratado tuviera un rango superior a la Ley. Muy por el contrario, la doctrina nacional, en forma unánime, entendía los Tratados como Leyes. Lo que se establecía era algo distinto, es decir, que en caso de colisión, se opte por el Tratado. Es así que el Tratado no derogaba los preceptos de una Ley que le eran opuestos; únicamente los dejaba inaplicables o en suspenso mientras el Tratado estuviera vigente para el Perú. En este caso, se trataba de una relación horizontal y no vertical como la jerárquica, razón por la que sus efectos no eran derogatorios sino de inaplicación.

Si bien la actual Constitución no señala expresamente un criterio de solución a este eventual conflicto normativo, la primacía incondicional del Derecho Internacional sobre el Derecho interno ha sido defendida por los Tribunales Internacionales en diversas ocasiones, por el derecho comparado, por tribunales internos y por la mayoría de los publicistas.

En cuanto a la jurisprudencia internacional, tanto arbitral como judicial, son diversos los fallos que confirman esta primacía. Así tenemos: el Laudo Arbitral en el asunto Montijo (26 de julio de 1875); Laudo Arbitral en el asunto G. Pinson (19 octubre de 1928); Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del País del Gex, entre Francia y Suiza, donde se señaló: Francia no puede apoyarse en su propia legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales. Esto vale incluso para las leyes constitucionales opuestas al Derecho Internacional; la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto de los Súbditos Polacos en el Dantzing, donde se dijo: Un Estado no puede invocar respecto a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el Derecho Internacional a los Tratados en vigor, la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto de los Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca, donde se expresó : para el Derecho Internacional y para la Corte que es el órgano de este, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la

voluntad y de la actividad del Estado, al igual que las dediciones judiciales o las medidas administrativas; la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto de la Factoría de Chorzow, donde se señaló: Es el Derecho Internacional y no el Derecho Interno de los Estados el que da las pautas a través de las cuales se determina la licitud de las conductas de estos; la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el Intercambio de Poblaciones Griegas y Turcas, de 1925, donde se apunto: Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos; la Opinión Consultiva en el Asunto de las Comunidades Greco-Búlgaras, en el que se preciso: Es un principio generalmente reconocido del Derecho de Gentes que en las relaciones entre las partes de un Tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado. Asimismo, el Laudo Arbitral en el Asunto del Régimen Aduanero Franco-Suizo (1912), donde los árbitros de pronunciaron negándose a tener en cuenta supuestas infracciones a limitaciones constitucionales, sosteniendo la validez de un protocolo, la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto de Groelandia, donde incluso el tribunal llegó a declarar inválido un acto de Estado contrario al Derecho Internacional, y la sentencia de la Comisión de Conciliación Ítalo-Estadounidense (24/setiembre/1956) en el Asunto Treves vs. República Italiana; entre otros.

A nivel de doctrina de los publicistas, el profesor Adolfo Miaja de la Muela, evidencia la necesidad de esta supremacía al señalar que: No se concibe un Derecho Internacional merecedor de este nombre, si no se afirma superior al Derecho dictado por los Estados, destinatarios de las normas de aquel.

Asimismo, las Constituciones más modernas de Europa Occidental establecen la supremacía de los Tratados Internacionales sobre las leyes internas. El artículo 93 de la Constitución holandesa admite así que un Tratado aprobado en el Parlamento por mayoría de dos tercios pueda derogar disposiciones constitucionales;

estableciendo además que, en todo caso, los Tratados publicados prevalecen sobre las leyes anteriores y posteriores. En este mismo sentido se pronuncia la Constitución francesa del 27 de octubre de 1946 (Artículo 26) y la de 1958 (Artículo 55).

A nivel de la jurisprudencia, el Tribunal de Casación Belga sostuvo en su sentencia del 27 de mayo de 1971, una clara afirmación de la primacía del Derecho Internacional Convencional sobre el Derecho Interno, al señalar que:

En caso de conflicto entre una norma de Derecho Interno y una norma de Derecho Internacional con efectos jurídicos directos en el orden interno, la norma prevista en el Tratado debe prevalecer, pues su primacía deriva de la naturaleza misma del Derecho Internacional convencional.

En Inglaterra, los tribunales tampoco ponen en duda la primacía de los Tratados Internacionales sobre las leyes inglesas, y en reiteradas oportunidades han confirmado la prevalencia de los primeros sobre los últimos. La misma postura puede observarse en los tribunales españoles.

Esta primacía se ve finalmente reflejada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados de 1969, jurídicamente vinculante para el Perú, donde claramente se establece como principio que un Estado no podrá alegar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado. Estamos aquí, en palabras de Sánchez Rodríguez, en presencia del principio general de prevalencia de las normas contenidas en los Tratados sobre las normas propias del ordenamiento interno de los Estados obligados por aquellos.

En consecuencia, ningún Estado puede sustraerse a una obligación jurídica internacional invocando su contradicción con el derecho internacional.

A todo esto, habría que agregar la posición oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú manifestada ante el Congreso de la República en 1995, donde se reafirmó la posición tradicional claramente monista del Estado peruano, este es, de afirmación de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

En consecuencia, podemos concluir que, al igual que la Carta Magna de 1979, en caso de existir un conflicto entre un Tratado y una Ley interna peruana, prevalece el primero.

B. El caso de los Tratados de Derechos Humanos. Los Tratados de Derecho Humanos se diferencian de resto de Tratados, en el hecho de que ellos confieren sus derechos a los individuos frente al Estado, el que a su vez, tiene la obligación de respetar estos derechos humanos no tiene por objeto establecer un conjunto de palabras, los Tratados de Derechos Humanos no tiene por objeto establecer un sistema de protección a favor de todos aquellos que se encuentren bajo su jurisdicción. (MEDINA 1999, 54-55)

Este carácter no sinalagmático de los Tratados de Derechos Humanos ha sido confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su segunda opinión consultiva, sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al precisar: La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio mutuo de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, al aprobar estos Tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

La importancia de conocer los Tratados sobre Derechos Humanos obligatorios para el Perú, resulta de suma importancia para toda persona o ciudadano, y en especial para todos los Magistrados encargados de administrar justicia en nuestro país, y es que con arreglo a nuestra Carta Magna, los Derechos Humanos establecidos en ella, y que los derechos fundamentales de las personas que ella reconoce deben ser interpretados en mérito a estos instrumentos, tal y como lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993, que prescribe que los derechos y las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y con Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por el Perú.

2.6.5. EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Según lo recogido por Frisancho Aparicio:

A. Recurso de apelación en Alemania.

En Alemania cabe el recurso de apelación contra todas las Sentencias dictadas en los asuntos leves y menos graves, pero no contra sentencias dictadas en los asuntos graves y menos graves, casos en los que procede el recurso de casación. Cuestión doctrinalmente polémica, ya, desde la aprobación en 1877 de la *strafprozessordnung*. En tanto el proceso goza de dos instancias, es decir, se reconoce en esos casos competencia de los tribunales inferiores, el recurso de apelación (*berufung*), estamos ante una autentica segunda instancia, un nuevo examen completo de la causa, salvo que el recurrente limite el recurso a un aspecto o aspectos determinados.

B. Recurso de apelación en Italia.

En Italia, el *Cidice di Procedura Penale* de 1998 mantiene el carácter de medio de impugnación tanto del recurso de apelación (apello, artículo 593 y ss), que tiene naturaleza de ordinario, como del de casación previsto básicamente para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia y de la certeza del derecho, disciplinándose el

segundo como la norma de sucesión del primero, y admitiéndose la casación “*per saltum*” (Artículo 569, 596 y 606.2 CPP), el recurso de apelación se configura limitadamente como el español, no cabe como toda resolución, ni tampoco son admisibles cualesquiera medios de prueba (Artículo-597 y 603), por los que no estamos ante una segunda instancia.

C. Recurso de apelación en Francia.

En Francia, el Code de Procedure Penale de 1957, regula en sus artículos 496 y ss. El recurso de apelación (*appel*), siendo un recurso ordinario contra los autos de Juez Instructor y otras resoluciones, en ningún caso la Sentencia del Tribunal de Escabinos (*cour D’assises*), puesto que se analizan por el tribunal superior tanto cuestiones fácticas como jurídicas, en toda su amplitud posible, si bien en la práctica más orientado a cuestiones de dirección procesal.

D. Recurso de apelación en Portugal.

En Portugal, el Código Proceso Penal de 1987 ha pretendido simplificar notablemente el régimen de recursos, estableciéndose un recurso contra la sentencia del *juiz singular* y del tribunal *do juri* del que conoce el *tribunal relacao* y otro contra las decisiones de este, del que conoce el “supremo de justicia”, pero con idéntico procedimiento en principio, pudiéndose conocer en el primero de ellos tanto las cuestiones fácticas como jurídicas, mientras que en el segundo (equivalente a la casación) parece que sólo de cuestiones jurídicas. (Artículo 399)

E. Recurso de apelación en Estados Unidos e Inglaterra.

En Estado Unidos, básicamente, aunque con diferencias entre ambos, conoce el recurso de apelación (*appeal*). En Inglaterra, solo cabe contra las sentencias condenatorias, ilimitadamente si se pretende discutir ante el Tribunal Superior cuestiones jurídicas, y previa autorización si sólo temas fácticos, no siendo en ningún caso una autentica segunda instancia, como tampoco en USA, en donde recordemos que el recurso de apelación se concede, en todo caso, al acusado condenado por el jurado, careciendo el fiscal de legitimación para recurrir si resulta absuelto. (FRISANCHO 2009, 314 y 315)

F. Recurso de apelación en Chile.

En el vecino país, se ha “renunciado a la apelación, como recurso idóneo para hacer respetar el derecho de segunda instancia”. (HORVITZ 2004, 358-359), habiendo establecido el recurso de nulidad, que supone el cumplimiento de dos requisitos³⁸ 1) la infracción de las garantías constitucionales; y, 2) la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia. Solo de este modo se puede proteger la inmediación, es decir la interrelación del acusado y el Juez; pues el Juez de Segunda Instancia no está en la capacidad de hacer un juicio de valor, pues el conocimiento de la verdad es limitado; compartimos tal fundamento, y el recurso de nulidad debe instaurarse en el Perú, del mismo modo tenemos que en otros países puede apreciarse que existe una apelación que da inicio a una segunda instancia y otra por la cual se impugna la sentencia sin reiterar o renovar el trámite, y que el examen solo se limita a los errores jurídicos.³⁹

³⁸ . “La infracción de las garantías constitucionales se establece expresamente como causal de procedencia del recurso de nulidad, que en el pronunciamiento de la sentencia o en la tramitación del juicio, se hubiera infringido sustancialmente derechos o garantías asegurado por la Constitución o los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (Artículo 373 letra a) CPP (...).” (CAROCCA 2005, 270)

³⁹ . “En Costa Rica 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.

En igual sentido, la legislación Argentina se decanta por la casación como el medio impugnativo especial para los sistemas con juicio oral, confirmando que en tales sistemas la tradicional apelación es impracticable.

En todo caso y aunque resulte obvio, puede apreciarse que existe una apelación que además de impugnar la sentencia inicia la segunda instancia, y otra aplicable a resoluciones de mero trámite.

Por otra parte, a través de la llamada “apelación especial” se impugnan la sentencia sin reiterar o renovar el trámite; el examen se limita a los errores jurídicos de la sentencia recurrida, sin volver a discutir los hechos en ella consignados que se consideran inmutables, ni la prueba que se considera intangible, a manera de la casación.

En los demás países de América latina aparece también el recurso de apelación en distinta forma. En El Salvador, el recurso procedente contra la sentencia es el de casación. En Ecuador, el recurso de casación contra sentencia es procedente ante la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, y parafraseando a Del Valle Randich, se afirma que la apelación implica primero: un examen nuevo de la instancia anterior o segundo: tan solo la comprobación de la resolución expedida en instancia inferior, es decir, que en el primer caso estaríamos ante un *novum iudicium* o nuevo juicio, en el cual se permite, como suele decirse en Alemania “una primera segunda instancia”, etapa que se examina todo de nuevo y se admiten nuevas pruebas, mientras que en el segundo caso, la resolución apelada encasilla el pronunciamiento o revisión, en tal sentido que se restringe tal evaluación al examen de la resolución de primera instancia, y complementa el autor en comentario que, la primera orientación ha tenido sus seguidores en la legislación europea, mientras que América Latina, se ha inclinado por la segunda tendencia. (Del Valle 1969, 177), Tal y como se desprende de las legislaciones tomadas como ejemplo en la presente investigación y que en algunas legislaciones el recurso de apelación ha sido sustituido por el recurso de casación, para tener mayor campo de acción y garantizar la pluralidad de instancia y no convertir el proceso penal en tal extremo, en inconstitucional o violador de derechos constitucionales de connotación supranacional.

En Bolivia, se admite el recurso de apelación restringida contra las sentencias por inobservancia o errónea aplicación de la Ley. Si el precepto legal que se invoca como inobservado o erróneamente aplicado constituye un defecto de procedimiento, el recurso solo es admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha efectuado reserva de recurrir, salvo ciertos casos, como los de nulidad absoluta o vicios de la sentencia .

En Paraguay se ha regulado el recurso de apelación especial de la sentencia de primera instancia. En Honduras, contra las resoluciones definitivas dictadas por los tribunales de sentencia, es decir de primer grado, solo cabe el recurso de casación con un sentido similar al costarricense.

En Guatemala, las resoluciones apelables, en sentido tradicional, son ciertas decisiones dictadas durante la primera instancia y antes del juicio. Se trata en este caso de la denominada “apelación genérica”, que es una revisión de la resolución realizada por una Sala de apelaciones en los casos de decisiones interlocutorias dictadas durante el trámite del proceso. Contra las resoluciones definitivas del tribunal de sentencia, que es el del juicio oral, procede la apelación especial. El examen que se practica por la Corte de Apelaciones se refiere a cuestiones de derecho, y no forma una nueva instancia, ni se repite de nuevo juicio, como sucede en los esquemas procesales de doble instancia. Por consiguiente el proceso penal Guatemalteco, por ser de instancia única, sufre las demoras de un recurso de apelación especial, y de un recurso de casación con el mismo objeto, aunque con algún tipo de requerimiento especial. (ORE 2010, 72 -73)

Concluiremos diciendo que, en el derecho comparado, existe la apelación plena y la apelación restringida, y que en nuestro país, según el Nuevo Código Procesal Penal del año 2004, se sigue la línea del modelo de apelación limitada o restringida, lo que hace que este modelo no garantice la pluralidad de instancia, como derecho fundamental que debe estar presente en todo sistema procesal penal respetuosos de los derechos fundamentales; como se demostrará al final de la presente investigación.

2.7. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN SEGÚN EL CÓDIGO PROCESAL DEL AÑO 2004

El derecho a la instancia plural, en nuestra Constitución, se centra en las sentencias y en las resoluciones que ponen fin a la instancia. En estos supuestos la Constitución reconoce un derecho incondicionado de impugnación que la ley ordinaria debe respetar y regular. El doble grado de jurisdicción, supuesto mínimo de la instancia plural, se circunscribe a las sentencias y decisiones que ponen fin a la instancia. En tal virtud no es posible entender que toda resolución, cualquiera sea su naturaleza y ámbito necesariamente pueda ser impugnada a través de un recurso vertical y jerárquico – devolutivo - pues el derecho al recurso integra la garantía genérica del derecho a la tutela jurisdiccional y ésta solo comprende el acceso a los recursos previstos por la ley, sin que el órgano jurisdiccional pueda crear recursos no previstos por la ley.

2.7.1. Legitimación de las partes para recurrir

Julio Maier, sostiene que “los recursos constituyen una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior”. (MAIER 2002, 705)

El recurso contra la sentencia no tiene carácter bilateral, sino que es un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal. Si se tiene en cuenta que todo el sistema de garantías se ha construido para evitar que el Estado abuse o haga una aplicación arbitraria de su poder penal; además, y que el proceso penal constituye una obra estatal contra una persona, entonces el recurso en cuanto garantía concreta del

perseguido penalmente solo puede ser obra suya en la medida en que resulte condenado. Por lo demás si se permite el recurso al acusador, en caso que éste gane, la condena de la segunda instancia, en rigor sería una primera, respecto de la cual el imputado tendría derecho a una doble conformidad, de suerte que el sistema bilateral de recursos implicaría un *regressus in infinitum* en mérito a que el fiscal siempre podría lograr un fallo condenatorio en alguna instancia del procedimiento.

Cafferata Nores, sostiene que el proceso penal también apunta a garantizar el derecho de justicia de las víctimas, quienes además tienen derecho a un tribunal independiente, objetivo e imparcial, la representación de la sociedad encomendada al Ministerio Público y la posibilidad que éste actúe concurrentemente a favor de las víctimas, no puede negarse en modo alguno. Reitera que estos derechos podrían ser lesionados por sentencias radicalmente arbitrarias o dictadas por un órgano jurisdiccional parcializado, por lo que la bilateralidad de los recursos no puede negarse. (CAFFERATA 2003, 932- 933)

Es por ello, que el Estado poseedor de toda la maquinaria a su favor en la persecución del delito, debe evitar este abuso de poder – no garantizar la revisión del fallo condenatorio del sentenciado absuelto en primera instancia- estableciendo un recurso impugnatorio en el cual se revise de manera íntegra por el superior jerárquico el fallo que lo condena, y, de esta manera garantizar el respeto por los Derechos Humanos que tendría una repercusión muy positiva en la comunidad jurídica tanto nacional como internacional, dejando de lado interpretaciones que tal garantía se convertiría en una apelación infinita.

2.7.2. Presupuestos de la impugnación

La impugnación está sometida a ciertos presupuestos de carácter subjetivo y objetivo.

Los presupuestos subjetivos son los siguientes:

El agravio, gravamen o interés directo el cual exige que la resolución cuestionada cause una lesión al interés del impugnante, así está previsto en el artículo 405.1. a. 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.

El carácter de parte. La impugnación está reservada a las partes (artículo 405 1.b) porque son ellas las que pueden resultar agraviadas o lesionadas con la decisión judicial. 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) entendiéndose que como defensor de la legalidad una afectación al ordenamiento jurídico lo afecta directamente; **ii)** 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); y que **iii)** El derecho de recurrir corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos. (Artículo 404.2)

En cuanto a los presupuestos objetivos, tenemos los siguientes:

A. El acto impugnatorio. El artículo 404 establece que 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.

- 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.

B. En cuanto a las formalidades. La impugnación está sujeta a diversas formalidades, tal es así que el artículo 404 inciso 1 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 emitió 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 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 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.

El artículo 409 del Código Procesal Penal limita el conocimiento del Tribunal revisor a los puntos a que se refieran los motivos del recurso y en segundo lugar impide, modificar la resolución en perjuicio del imputado si el recurso solo ha sido interpuesto por él, pero si la impugnación la formula el Ministerio Público, se podrá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado.

En cuanto, a los efectos del recurso, pese a que la regla era el efecto suspensivo del recurso, el artículo 412 del cuerpo legal en comento, enuncia el efecto inverso: la resolución impugnada se ejecuta provisionalmente, dictando el Juez las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere y el inciso 2 del artículo 418 establece que si, se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente. En todo caso, el Tribunal Superior en cualquier estado del procedimiento recursal decidirá mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse.

El efecto extensivo se encuentra recogido en el artículo 408 del cual se desprende:

1. Que cuando en un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales.
2. Que la impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil.
3. Que la impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.

El artículo 410 del Código reconoce otro efecto que puede tener el recurso, el diferido. Procede en los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, la impugnación que se presente si es concedida reservará la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia, salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes.

2.7.3. Recurso de apelación

En abstracto, el recurso de apelación puede dirigirse contra resoluciones interlocutorias, que realizan la dirección del proceso y contra la sentencia final de una instancia del proceso. Este recurso cuando está radicado en las sentencias es el mecanismo procesal para conseguir el doble grado de la jurisdicción, que configura

la segunda instancia a que hace referencia el artículo 139 inciso 6 de la Constitución y el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal y como se viene sustentando líneas arriba.

El recurso de apelación, es el medio de impugnación de resoluciones judiciales, por el que se pretende que el órgano jurisdiccional superior jerárquico del que dictó la resolución apelada valore los planteamientos del recurrente y deje sin efecto la resolución recurrida o la sustituya por otra que sea acorde con la ley. Este recurso es el que mayores garantías ofrece a las partes, pues debido a su carácter de recurso ordinario: no necesita fundarse en causa legal preestablecida y en él pueden aducirse la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales sufridos en la sentencia o en las actuaciones de primera instancia, siempre y cuando el recurso de apelación se haga efectivo, y no se vea limitado y disminuido según lo establecido en la normatividad procesal penal que se encuentra vigente, lo que ha motivado la presente investigación.

A. Fundamento Para el Recurso de Apelación

Para Jerí, la institución de apelación responde al principio fundamental de doble grado de jurisdicción, en virtud de la cual causa no está definitivamente terminada con la sentencia del primer Juez, sino que, a instancia de la parte condenada, debe recorrer un segundo estadio y ser objeto de un nuevo examen y de una nueva decisión por parte del juez de apelación jerárquicamente superior al primero. (JERÍ 2002, 87)

Claus Roxin, refiere que la apelación “es un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico”. (Roxin 2000, 456)

El recurso de apelación es el medio habilitado por el legislador para trasladar una resolución judicial de primera instancia a la segunda instancia, a través del cual el superior jerárquico puede revisar no solo los resultados del órgano inferior, sino también su actividad procesal. Así pues, la apelación permite que el

órgano competente para conocer de la segunda instancia de un proceso pueda tomar en cuenta tanto la aplicación que hubiese realizado del Derecho sustantivo como del Derecho Procesal. (VILELA 2007, 67)

En nuestro nuevo ordenamiento procesal penal, la apelación es un recurso efecto devolutivo, responde al principio dispositivo ampliado, porque si bien la capacidad de re examen del *ad quem*, de acuerdo a lo establecido por el inciso primero del artículo 419 está constreñida únicamente a lo que es la materia impugnada (principio de congruencia). Sin embargo, también podrá declarar la nulidad de la resolución cuestionada en caso advierta nulidades sustanciales o absolutas en la tramitación del proceso en primera instancia, aunque éstas no hayan sido materia de denuncia por el impugnante (artículo 409); claro está, siempre y cuando se trate de una nulidad trascendente que haya implicado una situación de indefensión para las partes. (IBERICO 2004, 188)

B. Los Efectos de Recurso de Apelación

Tradicionalmente se ha considerado que la apelación tanto con efecto devolutivo, como con efecto suspensivo, el primero significa que sólo aquello que ha sido apelado se eleva al superior, mientras tanto lo demás continúa su trámite ante el Juez inferior. El segundo, por oposición, significa que todo proceso pasa al superior, quedando suspendida la competencia de juez inferior. (MONROY 1992, 25)

Según el artículo 416° del Código Procesal Penal el recurso de apelación procederá contra:

Las sentencias;

Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia. Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;

Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y Sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva;

Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

Según lo dispuesto por el artículo 417 la competencia funcional para conocer del recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el Juez de la investigación preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, Unipersonal o Colegiado, corresponde a la Sala Penal Superior; contra las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, conoce del recurso el Juzgado Penal Unipersonal.

El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia. Si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente. En todo caso, el Tribunal Superior, en cualquier estado del procedimiento recursal, decidirá, mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse.

La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria. Bastan dos votos conformes para absolver el grado, con lo cual el derecho fundamental de pluralidad de instancia sería un saludo a la bandera, y que nuestros legisladores no han previsto, y que como se determinará más adelante el Perú, por no garantizar este derecho puede ser pasible de sanciones por parte de organismos internacionales,

tal y como se viene dando en otros países (Argentina) que han seguido la tendencia de limitar o reglar el acceso al recurso de apelación.

C. Trámite en la Apelación de Autos⁴⁰

- a) Recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días.
- b) Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisibile el recurso podrá rechazarlo de plano. El auto que declara inadmisibile el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición. En caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, y se señalará día y hora para la audiencia de apelación.
- c) Antes de la notificación de dicho decreto, el Ministerio Público y los demás sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto. de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso. Excepcionalmente la Sala podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.
- d) A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales. En la audiencia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del

⁴⁰ . Recibidos Los autos, la Sala Penal correrá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de 5 días. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, Sala puede rechazar de plano el recurso por considerarlo inadmisibile, o admitirlo. En caso lo admita, la causa queda expedita para ser resuelta, debiendo señalarse día y hora para ser resuelta debiendo señalarse día y hora para la audiencia de apelación.

A la audiencia de apelación pueden concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado tiene derecho de última palabra, el cual está íntimamente relacionado con los principios (...) oralidad, contradicción, inmediación, concentración, entre otros, debido a que luego que todas las partes han explicado sus argumentos, incluso el abogado del acusado, se otorga un derecho al acusado, y es el derecho de explicar sus argumentos o su percepción del proceso en última instancia, antes que la Sala resuelva.

En el trámite de la audiencia, la sala puede formular preguntas al fiscal o a las otras partes procesales, o pedirles que profundicen en su argumentación o aclaren algún punto, salvo las excepciones previstas en el mismo código, la Sala emitirá resolución en el plazo máximo de 20 días. (GACETA JURIDICA 2011, 46)

recurso y se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes; el acusado, tendrá derecho a la última palabra.

- e) 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. La Sala absolverá el grado en el plazo de veinte días.

D. Trámite en la apelación de sentencias

Toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del Juez, en la 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 a para el caso determinado. (DEVIS 1985, 515)

Recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días. Cumplida la absolución de agravios o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisibile el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días. El auto que declara inadmisibile el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición.

El escrito de ofrecimiento de pruebas deberá indicar, bajo sanción de inadmisibilidat, el aporte que espera de la prueba ofrecida. Sólo se admitirán los siguientes medios de prueba:

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

Solo se admitirán medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia. Si solo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo. Si la apelación en su conjunto solo se refiere al objeto civil del proceso, rigen los límites estipulados en el artículo 374 del CPC.

La Sala, mediante auto, decidirá la admisibilidad de las pruebas ofrecidas en función a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 155 y a los puntos materia de discusión en la apelación. La resolución es inimpugnable.

También serán citados aquellos testigos - incluidos los agraviados que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta del juicio.

E. Emplazamiento para la audiencia de apelación

Conforme a lo dispuesto por el artículo 423°, decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación. Es obligatoria la asistencia del fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal.

Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el fiscal cuando es parte recurrente.

Si la apelación en su conjunto solo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.

F. Audiencia de apelación⁴¹

En la audiencia de apelación se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia. Al iniciar el debate se hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes. Acto seguido, se dará la oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como para que ratifiquen los motivos de la apelación.

A continuación, se actuarán las pruebas admitidas. El interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar.

Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes. Al culminar la actuación de pruebas las partes alegarán por su orden empezando por las recurrentes, el imputado tendrá derecho a la última palabra.

⁴¹ . Una vez que la Sala recibe los actuados, correrá traslado a las partes de la apelación y su fundamentación, para que en el plazo de cinco días presenten su absolucón de agravios. Vencido el plazo, la Sala debe analizar la admisibilidad del recurso, pudiendo rechazarlo de plano si lo considera inadmisibile. En caso lo admita, notificará a las partes para que ofrezcan medios probatorios, lo cual se debe efectuar en el plazo de 5 días. Sólo se admitirán medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia. Si se cuestiona la determinación de la pena o de la reparación civil, se presentaran pruebas en ese sentido. La Sala mediante auto, en el plazo de 3 días debe decidir la admisibilidad de las pruebas ofrecidas y los puntos materia de discusión en apelación. La resolución es inimpugnabile. Deducida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación. Si la Sala considera indispensable la concurrencia de testigos o agraviados que hayan declarado en primera instancia, los citará a la audiencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a los que aparece transcrito en el acta del juicio. Al iniciar el debate se debe efectuar una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes, se actúan las pruebas admitidas, se dará lectura al informe pericial, al examen del perito y a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará inadmisibilidad del recurso interpuesto. De igual manera se procede cuando el apelante es el fiscal y no concurre. El plazo para dictar sentencia es de diez días. Para la absolucón del grado se requiere mayoría de votos. La Sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública, la cual debe citar a las partes. (GACETA JURIDICA 2011, 46-47)

G. Sentencia de segunda instancia

Para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia el trámite es similar al de primera instancia. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de diez días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos.

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

La sentencia de segunda instancia puede:

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

La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública; el acto se llevará a cabo con las partes que asistan y no será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia. Contra la sentencia de segunda instancia solo procede el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre

que se cumplan los requisitos establecidos para su admisión, conforme a si lo establece el Código ya citado.

Cuando se declara la nulidad en todo o en parte de la sentencia apelada, no podrán intervenir los jueces que conocieron del juicio anulado. Si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en este no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.

2.7.4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: DIFUSO Y CONTROL CONCENTRADO.

En principio, iniciaremos indicando que en la doctrina y en la práctica existen dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, esto dependiendo del órgano al cual la Constitución encargue dicha función. Es así que tenemos el **control difuso**⁴², porque ante un conflicto de una norma legal frente a una constitucional se ha de preferir esta última, y esta labor es comisionada a cualquier operador del derecho, para un sector respetable de la doctrina encargado solo a los jueces, y el **control concentrado**, porque aquella labor recae en un solo órgano especializado, quien ejerce el control de la constitucionalidad de las leyes.

A. Antecedentes

En sus orígenes ambas instituciones difieren en el tiempo y en el espacio, es decir en los lugares donde primigeniamente, al menos según concluyen algunos estudios, han sido aplicados.

⁴² . El significado de Control Difuso, es el de una facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional –jueces- para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley y ésta sobre cualquier otra norma de rango inferior, por inconstitucional.

El llamado **Sistema Difuso** como sistema de la revisión de la Constitución conocido también como *Judicial Review* remonta sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* en el año 1803 en los Estados Unidos de América, y en donde se resolvió que todos los jueces y todos los tribunales deben decidir en los casos concretos que le son sometidos de conformidad con la Constitución inaplicando la ley inconstitucional, resaltando en lo resuelto que dicha labor corresponde a todos los tribunales y jueces, no limitándose a uno en especial. **El Sistema Concentrado**, abstracto o simplemente europeo, remonta sus orígenes a la obra creadora de Hans Kelsen en 1920, y cuya característica mayor es que deja el control de la constitucionalidad en manos de un solo órgano o tribunal ad hoc.

Estos dos grandes modelos puros de control de la constitucionalidad a través del tiempo se fueron dispersando en los diferentes países, manteniéndose puramente concentrados, o puramente difusos, pero también cierto es que en muchos otros países se fue desarrollando un modelo mixto u fusionado por los dos sistemas puros materia de comentario. Y en América Latina de manera peculiar y a partir de la segunda mitad del siglo XX se fue desarrollando la fusión de ambos sistemas puros, llegando a aplicarse este modelo dual en países tales como Bolivia, México, Brasil, y el Perú entre otros.

B. Características

El **Control Difuso** de la constitucionalidad de las leyes, como ya se dijo, es competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad; la Ley no deja de estar vigente solo se inaplicará al caso litigioso. Este modelo solo se aplica en una controversia específica, real y concreta (naturaleza incidental), esto es, se aplica en un proceso instalado, y cuya decisión judicial de inconstitucionalidad no va más allá de los linderos del expediente (declaración de inaplicabilidad), es por ello que se puede afirmar que los efectos de la aplicación del control difuso sólo afectarán a las partes vinculadas en el proceso,

no es *Erga Omnes*. Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, aparece expresamente y siempre dentro del Capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación de «sistema difuso», distribuido o difundido entre todos los órganos jurisdiccionales que integran dicho poder del Estado). Otra característica resaltante, es el hecho que para la aplicación del control difuso se cuenta con un procedimiento directo.

En nuestra realidad el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia Nro. 1124-2001-AA/TC., publicado el 11 de setiembre del 2002, ciertos presupuestos que se debe advertir a fin de aplicar válidamente el control difuso: **a)** Que en el proceso constitucional, el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. **b)** Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, y **c)** Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución. Ciertamente es que en su modelo de origen el Control Difuso solo operaba en el escenario de un proceso judicial concreto y real, por lo que podríamos afirmar que solo son los jueces los facultados de aplicar el Control Difuso tal y como ha sucedido en Arequipa⁴³, sin embargo, a la fecha esto no es del todo cierto, pues dicha facultad también lo ostenta el Jurado Nacional de Elecciones, el Tribunal Constitucional y demás órganos colegiados administrativos con ciertas restricciones.

El *Control Concentrado* de constitucionalidad de las leyes recae en un órgano especializado, único y de carácter general, (...) un Tribunal Constitucional que asume en exclusiva la competencia de control de la constitucionalidad,

⁴³ . Los señores Magistrados están facultados a fin de inaplicar la norma, mediante sentencia evacuada en su oportunidad por la Sala Superior de Justicia de Arequipa (expediente: N°. 2008-12172).

competencia que actualiza a través de un proceso concreto, no vinculado a ningún proceso ordinario cuyo objeto directo es la denuncia de una inconstitucionalidad abstracta de la ley. (Valle Riestra 2000, 213)

Cuando se afirma que el Tribunal Constitucional realiza un examen abstracto, se quiere indicar que se resuelve sin referencia a un caso concreto alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo alguno, y en donde se ha de examinar si la norma cuestionada es o no incompatible con la constitución, derogándose de modo directo por el poder constituido o regresando al sistema jurídico, en plena vigencia y constitucionalizada.

La derogación de la Ley por el Tribunal Constitucional es un suceso bastante grave, que antes que ello se debe preferir cualquier interpretación posible que haga compatible el texto legal con el texto constitucional; derogada o extirpada la norma se crea un vacío constitucional que generará inevitablemente inseguridad jurídica, porque el legislador no tendrá la habilidad necesaria como para cubrir inmediatamente el lugar que deja la norma derogada al ser declarada inconstitucional; es por ello que en puridad lo que se peticiona en una demanda de inconstitucionalidad no es otra cosa que una “iniciativa legislativa negativa”, es decir, el Tribunal Constitucional al emitir sus sentencias declarando inconstitucional una norma legal actúa como un legislador negativo, con las consecuencias jurídicas antes notada.

Pero la función del Tribunal Constitucional no queda solo como una legislador negativo, sino que también puede realizar el rol de legislador positivo, cuando emite sus sentencias interpretativas o aditivas en las que sin “extirpar” la norma legal del ordenamiento jurídico realiza una interpretación o, en su caso, una

adición, completando el sentido de la norma examinada y salvada en su constitucionalidad, al respecto un buen sector de la doctrina critica esta última capacidad del Tribunal Constitucional, sin embargo muchas otras razones argumentan a su favor, tales como el que se evite los vacíos legales, prefiriéndose salvar la norma mediante una interpretación que la haga compatible con el texto constitucional, en otros casos se prefiere que el Tribunal complete el texto legal de tal forma que se salve la norma examinada.

2.8. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2.8.1. ANTECEDENTES

En relación a la protección de los Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano, encontramos la figura denominada “el control de convencionalidad”, la cual surgió en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La primera vez que se utilizó dicho precepto fue en el voto concurrente razonado que formuló el Juez Sergio García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala⁴⁴. Un año después García Ramírez utilizó por segunda ocasión la citada expresión en su voto concurrente razonado del Caso Tibi Vs. Ecuador, donde expresó lo siguiente:

(...) la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los Tribunales Constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el Tribunal Internacional de Derechos Humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del Control de Constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad

44

Voto concurrente razonado que formuló el Juez Sergio García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2003. Serie C. núm. 101, párr. 27.

democrática. El Tribunal Interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía⁴⁵.

2.8.2. CONCEPTUALIZACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El Control de Convencionalidad, viene a constituir una obligación derivada de las reglas del derecho internacional público que encuentra su respaldo en el artículo 2 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en concordancia con el art. 9 del mencionado cuerpo legal, el mismo que establece los alcances del principio de legalidad.

El Control de Convencionalidad es una técnica de control normativo que consiste en el ejercicio de contraste entre la CADH y los dispositivos legales de origen nacional- se incluyen las interpretaciones que le da a la norma nacional el juez-⁴⁶

En tal sentido, el Control de Convencionalidad, describe el uso de los Instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que los jueces nacionales y los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de determinar la conformidad del derecho interno de los Estados a los estándares impuestos por las obligaciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que han sido asumidas por estos.

En concreto, la CADH funciona como un parámetro controlador, - de uso directo o indirecto - fija los límites y la conformidad de la norma (objeto controlado) con los estándares internacionales. Se trata de una obligación impuesta a los jueces nacionales

⁴⁵ Voto concurrente razonado que formuló el Juez Sergio García Ramírez en el Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 07 de septiembre de 2004. Serie C. núm. 114 párr. 3.

⁴⁶ Las interpretaciones de un dispositivo legal que realiza un Juez también son norma. Debe tenerse en cuenta que se parte de la distinción entre disposición y norma. La disposición según Guastini, es cualquier enunciado que forma parte de una fuente de derecho, mientras que el concepto de norma se refiere al sentido o significado de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. (GUASTINI 1999, 11). Igualmente, Díaz Revorio señala que la norma es producto de la labor interpretativa que se hace del precepto, que el significado del precepto legal es el resultado de su interpretación. (DÍAZ 2003, 48)

en general a la que se le denomina obligación *ex officio*,⁴⁷ y, también una función que ejerce la CIDH en particular.

2.8.3. EL ESTADO PERUANO Y CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH).

2.8.3.1. OBLIGACIÓN DEL ESTADO PERUANO.

Nuestro país ha suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el 28 de julio de 1978 y ha ratificado la competencia contenciosa de la misma Convención el 21 de enero de 1981, y que el Perú al aceptar o suscribir el indicado instrumento internacional, debe cumplir con las obligaciones establecidas, y que dentro de ellas tenemos, la de adaptar la legislación interna a los parámetros establecidos en dicho Tratado Internacional⁴⁸, con la finalidad de hacer efectivo los derechos y libertades de los ciudadanos establecidos en la indicada Convención.

Además como lo precisa Hitters: La adaptación del derecho interno, tanto en el ámbito normativo, judicial como en sus prácticas generales, a lo establecido por la CIDH no sólo deriva de lo dispuesto en el artículo 2 de dicha Convención, sino que constituye la expresión de una costumbre aceptada en el campo internacional a fin de asegurar el cumplimiento de los Tratados sobre esta materia⁴⁹.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, Sentencia del 26 de setiembre de 2006. Serie C N° 145, párrafo 154; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C N° 216, párrafo 219; y caso Ibsen Cárdenas y Ibsen Peña. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de setiembre de 2010 serie C N° 217 párrafo 202.

⁴⁸ Artículo 2: si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados partes se comprometen adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁴⁹ HITTERS, Juan Carlos. ¿son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de Constitucionalidad y Convencionalidad); Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, p. 14

Es decir, nuestro país no puede excusarse en interpretaciones sesgadas que desconocen derechos fundamentales contenidos en instrumentos internacionales, dado que, con el fundamento citado líneas arriba, nuestros legisladores están facultados, mejor dicho, se encuentran obligados a adaptar nuestro derecho interno al derecho supranacional en salvaguarda de los derechos de la persona que pueden ser afectados por la normatividad arbitraria.

2.8.3.2. INTERPRETACIÓN Y OBLIGATORIEDAD SEGUN NORMATIVIDAD DE LA CADH.

El artículo quinto, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁵⁰, prescribe que los derechos fundamentales deben interpretarse conforme a la regulación en los Tratados Internacionales y, en especial, sobre la base de los desarrollos jurisprudenciales de estos órganos supranacionales defensores de los Derechos Humanos, como lo desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tal argumento concuerda con lo sostenido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de nuestra Carta Magna, en el cual se especifica: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Por su parte, el TC ha reconocido que el criterio de interpretación que impone la CDFT “comprende también a la jurisprudencia que sobre esos

⁵⁰ Art. V Título Preliminar del Código Procesal Constitucional “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados sobre Derechos Humanos, así como de las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre derechos Humanos constituidos según Tratados de los que el Perú es parte.

instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos”⁵¹

Igualmente, en el caso: Castillo Chirinos, se ha afirmado que las sentencias de la Corte IDH, resultan vinculantes para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos que el Estado Peruano no haya sido parte en el proceso. Ello, como resultado de la interpretación del artículo 62.3 de dicho Tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución⁵². En efecto, se ha mencionado lo siguiente:

Esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mantiene su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía⁵³

Es decir, con el respaldo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria en concordancia con el artículo 55 de nuestra Carta Fundamental, el derecho interno en relación a los Derechos Humanos no sólo es la interpretación a la luz de los instrumentos internacionales del cual el Perú es parte, sino que

⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en expediente N° 04587-2004-AA/TC, 15 de febrero de 2006, FJ 44. En otras sentencias también se ha afirmado: “ De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme a los Tratados sobre Derechos Humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.”. (expediente N° 0217-2002-HC/TC, 20/09/ 2002, FJ 2)

⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída expediente N° 02730-2006-AA/TC, 27 de julio de 2006, FJ. 12-14.

⁵³ Ibid

este último artículo faculta a nuestros Magistrados la aplicación inmediata de los Tratados al derecho interno. Siendo esto así, el Estado Peruano está en la obligación de adecuar su proceso penal vigente según lo sentenciado por la Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso: Herrera Ulloa Vs. Costa Rica ⁵⁴ y el caso: Mohamen Vs. Argentina en el que se sentenció que:

La Comisión Interamericana advierte, que para el caso del señor Alberto Mohamed, esta persona no ha contado con una revisión de su condena a los efectos de corregir posibles errores, violándose en su perjuicio el derecho contemplado en el artículo 8º, inciso 2 literal h., de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tal sentido la Comisión Interamericana ha dispuesto que el Estado Argentino cumpla con:

a. Disponer las medidas necesarias para que Oscar Alberto Mohamed pueda interponer, a la brevedad, un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la sentencia condenatoria en cumplimiento del artículo 8.2.h de la Convención Americana. **b.** Disponer las medidas legislativas y de otra índole para asegurar el cumplimiento efectivo del derecho consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de conformidad con los estándares

⁵⁴ Que el recurso de casación no es un recurso idóneo para garantizar el derecho a recurrir del absuelto condenado en segunda instancia, lo podemos constatar en la experiencia de otros países (Argentina, Costa Rica, España, etc.), en los cuales rige el sistema de instancia única, por el cual una vez condenado en la instancia, solo le queda el recurso de casación como medio de revisión de dicha sentencia. Por ello, en el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que: “(...) frente a la sentencia adversa de primera instancia el Señor Mauricio Herrera Ulloa solo contaba con el recurso de casación como único medio procesal para impugnar el fallo condenatorio. Dada las limitaciones del recurso de casación, este no cumple con el Artículo 8.2.h) de la Convención, pues no satisface el derecho de recurrir del fallo ante un Juez o tribunal superior, y el recurso de casación en el presente caso era insuficiente e ilusorio, con lo cual se lesionó el derecho del señor Herrera Ulloa a un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial (artículo 8.1 de la Convención). Asimismo señala que el recurso de casación no es un recurso pleno, sino que es un recurso extraordinario. No autoriza la revisión completa del caso en los hechos y en el derecho, sino que se resuelve en diversos y complicados formalismos, lo cual es contrario al artículo 8.2.h de la Convención. El recurso de casación no permite la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva valoración de las ya producidas, ni ningún otro medio de defensa que no esté comprendido en la enumeración del Artículo 369 del Código procesal Penal de Costa Rica (...) la Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo consagrado por la convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004)

descritos en el presente informe. **c.** Adoptar las medidas necesarias para Oscar Alberto Mohamed reciba una adecuada y oportuna reparación por las violaciones de los Derechos Humanos establecidos en el presente informe.

Lo trascendente del presente informe y que respalda nuestro argumento, es que “el Perú se encuentra también en la obligación de vincularse a tales fundamentos, por ser parte de tal organismo internacional”. (Expediente. N° 00007-2007), al afirmar que: “en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de derechos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”. (Expediente. N° 00007-2007. TC, fecha: 19/06/2007, FJ: 36)

2.8.4. ANÁLISIS DE LA CONSULTA 2491-2010-AREQUIPA, EMITIDA POR LA SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, DE FECHA 14 DE SETIEMBRE DE 2010.

2.8.4.1. ANTECEDENTES

Que, es materia de consulta el extremo que declara inaplicable a este caso concreto el artículo 425, 3, b., del Código Procesal Penal, aprobado por D.L. N° 957, en cuanto señala que “si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar”.

Que, el argumento esencial de la resolución materia de consulta, radica en que: **a)** al tener que condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al tribunal superior especial: emitiría una *reformatio in peius*, que sería legal si existiera un Tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación, **b)** únicamente la existencia de un juzgamiento en

revisión con posibilidad de actuación probatoria de cargo y descargo, justificaría la emisión de una sentencia de vista que condene a quien estuvo precedentemente absuelto, no resultando suficiente la existencia de un recurso de casación (...) y c) en la jurisdicción fundamental internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ordenó en el caso Mauricio Herrera, que Costa Rica reformara en un plazo razonable la regulación sobre casación, ya que la vigente no garantizaba en forma suficiente en derecho a recurrir (...).

Que, la *reformatio in peius* es una regla impuesta al órgano jurisdiccional de apelación como impedimento para agravar o hacer más gravosa, la condena o restringir las declaraciones más favorables de la sentencia de primera instancia, en perjuicio del apelante (...).

Que, en efecto, el nuevo Código Procesal Penal a través del dispositivo legal cuya inconstitucionalidad es materia de consulta, establece la posibilidad de sancionar a aquél que fuera absuelto en primera instancia (...).

En tal sentido, y, a fin de cumplir con el análisis de la presente sentencia, el investigador ha creído conveniente establecer tres preguntas, las mismas que contienen todos los temas desarrollados por la Corte Suprema, y son las siguientes: **¿Se cumple con la garantía de pluralidad de instancia?** conforme lo desarrollado en los considerandos (quinto, sétimo y noveno), **¿Se respeta el derecho de igualdad, tanto de la parte acusada como de la parte acusadora?**, según el considerando (octavo) **¿Se garantiza la Prohibición in peius?**, según el considerando (quinto, sexto y décimo), las mismas que a continuación desarrollamos.

2.8.4.2. DESARROLLO DE LAS INTERROGANTES FORMULADAS.

A. ¿Se cumple con la garantía de pluralidad de instancia?

Empezamos, recordando que la finalidad inmediata del proceso penal, es formar la convicción suficiente en el juzgador respecto a los hechos probados por las partes con el fin de esclarecer el hecho delictivo. Sin embargo, no se debe perder de vista que la decisión judicial que se pronuncia sobre la solución al conflicto puede estar errada o contener vicios, los que pueden ser errores *in procedendo*, tanto por defecto procesal de trámite o por defectos estructurales en la motivación, o errores *in iudicando*, es decir aquellos que se producen por defectos sustantivos que se aprecian en la inaplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de una norma de derecho material; justificándose por ello la existencia de los medios de impugnación, habida cuenta que si alguna de las partes alega haber sufrido un agravio podrá solicitar un segundo examen, análisis o revisión de la mencionada decisión judicial que el agraviado crea conveniente⁵⁵. En tanto y en cuanto si uno de los fundamentos existenciales de los medios de impugnación es la “falibilidad” de los órganos jurisdiccionales, que está conformado por seres humanos que en algún momento podemos errar, por ende, ser falibles.

Así mismo, es del caso detallar, respecto del principio de la instancia plural el mismo que trata en definitiva de que la organización del proceso admita la posibilidad de que el objeto o pretensión pueda ser discutida ampliamente en dos instancias, es decir, tanto a instancia de parte acusada como acusadora. Por ende, el acusado, pero también el

⁵⁵ Radicando aquí, la gran importancia de los recursos impugnatorios, los mismos que se ponen de manifiesto a través de su regulación en instrumentos normativos del más alto nivel, como es el caso de nuestra Carta Magna (artículo 139 inciso.6), y en el ámbito supranacional y que en la presente investigación hemos considerado los más resaltante tales como: (El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14.5) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, inciso, 2, literal h).

acusador respecto de su pretensión, tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva, defendiéndose de la acusación durante la primera instancia y luego, ante la apelación planteada por el representante del Ministerio Público, también podrá hacerlo en segunda instancia, a través de sus alegatos respectivos, es lo que prescribe la normatividad vigente.

Centrándonos en el análisis, tenemos que modernamente se considera, como lo expresa Asencio Mellado, que la segunda instancia es un conjunto de actos procesales seguidos por un tribunal del grado de conocimiento inmediato superior al de primera instancia y que permite a dicho tribunal de alzada conocer de las mismas cuestiones de hecho y de derecho conocidas por el tribunal de juicio. Asimismo la doble instancia no puede significar otra cosa que el derecho a llevar la decisión condenatoria ante un tribunal superior por un lado, y, por otro, a que esta revisión lo sea de la declaración misma de la culpabilidad y de la condena. (ASENCIO 2008, 220).

En tal sentido, el examen, según el sistema procedimental que se haya adoptado puede ser de dos formas: una primera que permite al inmediato superior una revisión tanto de los hechos como del derecho, es decir se realiza una evaluación general del caso; y la segunda, en la cual se realiza una revisión de la sentencia pero sólo en lo concerniente a los errores *in iudicando*, es decir, aquellas deficiencias en que haya incurrido el *A quo* al momento de aplicar, inaplicar e interpretar la ley penal; constituyéndose, por lo tanto, en un sistema de instancia única, ya que una vez emitida la sentencia de primera instancia el superior jerárquico, como consecuencia del recurso de casación, asumirá competencia para realizar la revisión de sentencia exclusivamente sobre el aspecto jurídico, tal sistema de instancia única, la podemos encontrar en España.

Asimismo, tenemos que dentro de las formas mencionadas, existen otras dos formas procesales de realizar la revisión de la sentencia en apelación tal como lo afirma Del Valle Randich. En efecto, la apelación puede implicar un nuevo examen de instancia anterior o tan sólo una comprobación de la resolución expedida en la instancia inferior. En el primer caso estaríamos ante un *novun iudicium*, para lo cual se permite, como se suele decir en derecho alemán, “una primera segunda instancia”, donde se examina todo de nuevo y se admiten nuevas pruebas. En el segundo caso, la resolución apelada encasilla el pronunciamiento o revisión a los puntos controvertidos señalados por el impugnante, restringiéndose el examen de la resolución de primera instancia. (DEL VALLE 1969, 177).

Al primer sistema también se lo conoce como sistema de apelación plena y al segundo sistema de apelación semi plena o de motivos limitados, ya que les impide a los tribunales de apelación efectuar una revisión general que una segunda instancia supone, y que el artículo 425 materia de consulta, faculta tal vulneración de esta segunda instancia.

En tal sentido, la Corte Suprema, estaría avalando esta apelación restringida, reglada o limitada, al precisar que no se vulnera el derecho de pluralidad de instancia, teniendo en cuenta que una segunda instancia propiamente dicha, sólo se estaría configurando cuando el mérito de la causa se reproduce totalmente ante el tribunal de apelaciones, que podrá examinar directamente las pruebas surgidas en el proceso y dictar una decisión propia en la que podría valorarse dichas pruebas por sí y establecer los hechos justiciables como producto de ello y con independencia de lo que haya expresado el tribunal de instancia. En

consecuencia, la repetición total del juicio oral ante un tribunal de alzada es lo más parecido a una verdadera segunda instancia⁵⁶.

Además se tiene que nuestra Constitución regula la “pluralidad de instancia”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado que dicha pluralidad se ve satisfecha con la “doble instancia”, pero como se ha redactado líneas arriba, el Estado Peruano no tiene técnicamente una doble instancia propiamente dicha, sino lo que se regula es el principio del “doble grado de jurisdicción”, en el entendido de que todo juicio, debe pasar sucesivamente por el conocimiento de dos tribunales, reconociéndose que la falibilidad humana en la expedición de una resolución judicial es el presupuesto existencial de los medios de impugnación y de este segundo grado de jurisdicción. Por el contrario se entiende por doble conforme al derecho que tienen los justiciables de que para la ejecución de la pena se requiere la doble conformidad judicial, es decir, la confirmación por parte del tribunal superior del pronunciamiento obtenido en primera instancia; pues dos veces el mismo resultado, representa gran probabilidad de acierto en la solución del conflicto. (MAIER 1996, 168).

En esa misma línea tenemos lo prescrito en el artículo 14, inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala: (...) toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley (...). Es decir, con el respaldo de la Cuarta Disposición Final y Transitoria en concordancia con el artículo 55 de nuestra Carta Fundamental, el derecho interno en

⁵⁶ El término segunda instancia alude en un sentido correcto a un nuevo juicio, sobre el material, alegaciones y pruebas, reunidos en la primera; así derechos y pretensiones deducidos ante el *A quo* son revisados por *Ad quem*; y como se afirma en la doctrina cuando hay lugar para los *nova reperta*, sin limitaciones, es decir, cuando se puede aportar al Juez *Ad Quem* materiales nuevos como completar también algunas acciones ejercidas en el primer grado o ejercitar nuevas acciones estaremos, como decimos, ante una segunda instancia. En <http://200.121.60.62/foro/viewforum>. Php?f-15, (visitada 15 de diciembre de 2013).

relación a los Derecho Humanos no sólo es la interpretación a la luz de los instrumentos internacionales del cual el Perú es parte, sino que este último artículo faculta a nuestros Magistrados la aplicación inmediata de los Tratados al Derecho Interno. Siendo esto así, el Estado peruano está en la obligación de adecuar su proceso penal vigente según lo sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso: Herrera Ulloa Vs. Costa Rica y el caso: Mohamen Vs. Argentina; como se ha visto líneas arriba, respecto a la obligatoriedad del Perú en relación a instrumentos internacionales.

Por lo antes anotado, podemos contrariar el fundamento esgrimido por la Corte Suprema; afirmando que no se garantiza la pluralidad de instancia.

B. ¿Se respeta el derecho de igualdad, tanto de la parte acusada como de la parte acusadora?.

El siguiente punto que trataremos es el relacionado al derecho de igualdad, y que la Corte Suprema ha fundamentado al respecto: (...) si tenemos en cuenta la existencia del principio de igualdad, no existe justificación razonable que permita, de un lado, avalar la posibilidad de una decisión del *Ad quem* que revoque y sustituya la condena pero, de otro lado, impedir que ejerza las mismas facultades respecto de la absolución (...).

En tal sentido, el Fiscal plantea la impugnación respecto de la sentencia absolutoria y consigue que sea revocada por el ente superior (Sala de Apelaciones), es decir, que la absolución sea revocada logrando de esta manera una sentencia condenatoria, por lo que se tiene que el imputado no tendrá la oportunidad de impugnar la sentencia condenatoria que le causa agravio, aun siendo esta la primera condena, en consecuencia se impide al sentenciado alcanzar una segunda revisión

de su condena, incluyendo ello la determinación de los hechos, máxime si se arribó a dicha sentencia condenatoria a partir de la valoración de nuevos medios de prueba admitidos y actuados a nivel de “Segunda Instancia”.

Empleando el mismo razonamiento, la Fiscalía en caso de que la sentencia sea condenatoria en primera instancia y luego en la segunda instancia sea revocada, expidiéndose una sentencia absolutoria, el Ministerio Público, queda sin la posibilidad de formular recurso impugnatorio de apelación.

Es así, que para que proceda la revocatoria de la sentencia de la sentencia absolutoria y se expida una sentencia condenatoria, se requiere como mínimo una suficiente actividad probatoria de cargo⁵⁷. Que permita destruir o desvirtuar la presunción de inocencia como derecho que goza todo procesado, lo que implica una gran dificultad, al considerar que el juicio de segunda instancia como ya se ha visto sería un juicio limitado, aunado a ello las dificultades que implica el principio de inmediación, por lo cual no debe otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Magistrado que juzgó en primera instancia; lo que se complica aún más, si se va a realizar una valoración sobre la base de diversos factores heterogéneos, es decir, la suma de lo actuado en primera instancia y lo actuado en segunda instancia, por lo que, o bien acaban no dando valor a la prueba que el *A quo* presencié, ya que constituye una pequeña parte de todo el caudal probatorio, o bien se finaliza atendiendo solo a la prueba que ante ellos (Magistrados integrantes de la Sala de Apelaciones) se actuó, en consecuencia podemos inferir de que existe diferencias en el tratamiento procesal penal de un acusado o procesado, por lo que tal diferencia debe ser equiparada a favor de este último, toda vez, que el Ministerio Público

⁵⁷

Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004.

cuenta con toda la maquinaria que el Estado le provee a fin de perseguir el delito, y si este no logró su objetivo en primera instancia, el inculpado no puede ser quien pague las consecuencias y verse sometido a un nuevo juicio, el mismo que es limitado como se ha visto anteriormente en detrimento del sentenciado.

Para concretar, el argumento precedente, citamos lo trabajado por Robert Alexy en relación al principio de igualdad, quien manifiesta que tal principio puede ser descompuesto en dos principios parciales, que no son más que la clarificación analítica de la fórmula clásica enunciada y facilitan su aplicación:

- “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual”.
- “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”. (ALEXY 1993, 249)

Es así, que el trato diferenciado o desigual queda justificado a favor del sentenciado absuelto, justificación que debe ser valorada por la Corte Suprema, y no de manera sencilla expresar en el presente fundamento (octavo) de la sentencia materia de análisis de que no existe razón alguna para justificar tal diferenciación o trato diferenciado. Por lo que el investigador concluye, en este extremo, de que no existen condiciones de igualdad en la sentencia materia de análisis.

C. ¿Se garantiza la *Prohibición in peius*?

Según Pérez Pinzón, esta prohibición “significa que cuando el procesado –o su defensa- apela la sentencia de primera instancia, interpone casación o revisión, el Juez de segunda instancia, el de casación y el de revisión no pueden empeorar la situación que le ha sido deducida en el fallo materia de la impugnación o de acción. El principio rige cuando el procesado es impugnante o actor único. De manera tal que otras partes, (...) impugnan o incoan la acción en contra del

sindicado, si opera la *reformatio in peius*. Si otros sujetos procesales (...) impugnan o incoan la acción en pro del procesado, tampoco se puede desmejorar su posición inicial. (PÉREZ 2004, 45)

Por su parte Roxin, sostiene que con este principio se pretende lograr que nadie se abstenga de interponer un recurso por temor de ser penado de un modo más severo en la instancia siguiente. Si la fiscalía pretende conseguir una pena más elevada siempre tendrá que interponer, para ello, un recurso en perjuicio del acusado. (ROXIN 2000, 444-445)

Sin embargo, la interdicción peyorativa, ha sido recogida por el Código Procesal Penal de 2004, en vigor, específicamente en el artículo 409, en principio al delimitar la competencia del tribunal revisor respecto de la materia impugnada (manifestación del principio de congruencia procesal) y además, porque expresamente establece en el inciso 3 del artículo citado, que la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio. En tal sentido es de tener en cuenta que la acotada interdicción está referida al imputado más no al Ministerio Público, tan es así que la misma norma mencionada establece que la impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aun a favor del imputado.

En esa misma línea, Teodoro Ríos, señala que si bien es cierto que el principio acusatorio debe informar la integridad, pero cuando este principio se enfrenta en un caso concreto con el principio de legalidad sustancial, el órgano jurisdiccional debe priorizar este último, y esta prioridad se manifiesta a nivel legislativo en la aceptación de la *reformatio in peius* del Ministerio Público. (RÍOS 1999, 380-382)

Aparentemente una solución perseguida por nuestros legisladores, sin embargo, no se ha considerado que existen hoy en día existe la

interpretación *pro homine*, la misma que garantiza que las interpretaciones sean a favor del ser humano, esto es, si bien es cierto se debe de respetar el principio de legalidad; pero tal respeto no debe afectar el principio en peor, circunstancia que se verifica cuando la sentencia que condena a una persona que fue absuelta en primera instancia, por lo que teniendo muy en cuenta la aplicación de esta interpretación a favor del ser humano, esta *reformatio in peius* o reforma en peor no estuviera presente si se garantizaría la doble instancia, la misma que no debe estar restringida como se ha verificado en la presente investigación, además abona a ello la interpretación sistemática, la misma que faculta realizar una labor de interpretación, considerando no solo nuestra Carta Fundamental, sino ir más allá, es decir teniendo en cuenta los Tratados Supranacionales del cual el Perú es parte, conforme al apartado donde se ha precisado que nuestro país está comprometido a cumplir con las obligaciones- además acatar su jurisprudencia- contraídas por la Convención Americana de Derechos Humanos, en tal sentido vemos que nuestro sistema procesal no garantiza la doble instancia, y al revocar la sentencia de primera instancia, es decir, condenar a una persona que fue absuelta en primera instancia, esta condena es empeorar su situación; por lo que, la respuesta a la presente interrogante sería, que se estaría vulnerando el principio procesal de *reformatio in peius*.

2.9. LA PLURALIDAD DE INSTANCIA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL.

El derecho⁵⁸ al recurso, como derecho fundamental, en este caso, la pluralidad de instancia⁵⁹, se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales como en nuestra Constitución Política. El contenido de este derecho, es que sea posible conseguir una nueva decisión favorable al recurrente, quien cree que ha sufrido un agravio de parte del Juez *a quo*. Si no que le da la oportunidad de reclamar, alegar y fundamentar que está sufriendo un agravio, se viola su derecho fundamental al recurso.

En la misma vertiente, Cafferata Nores, expresa que es posible que las resoluciones jurisdiccionales sean equivocadas (en los hechos o en derecho) y por ende ocasionen un perjuicio indebido a los afectados. Tal posibilidad, que deriva de la falibilidad propia de la condición humana de los jueces, revela la necesidad de permitir un reexamen y eventual corrección de sus decisiones, para evitar la consolidación de la injusticia: esto se viabiliza a través de los recursos. (CAFFERATA 2000, 157 -158)

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, señala que las normas relativas a los derechos y a las libertades que esta reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

- LA PLURALIDAD DE INSTANCIA COMO DERECHO HUMANO CONFORME A LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

⁵⁸ . Como enseña Guastini, el derecho es la conjunción de dos elementos que la integran, una noción subjetiva asociada a la pretensión y otra objetiva referida a la existencia de una norma, complementa diciendo los derechos, en fin son relativos a una norma o a un sistema de normas que los confiere. (GUASTINI 1999, 181)

⁵⁹ . Es del caso precisar, que existen autores que consideran que el *nomen iuris*, derechos a la pluralidad de instancia, no es del todo exacto, por cuanto lo que en realidad correspondería es denominarle únicamente derechos a la doble instancia por tener el carácter más específico, sin embargo en la presente investigación se consideran a ambas denominaciones, teniendo en cuenta que nuestro Tribunal Constitucional así lo concibe, y que en suma habilitan el acceso a los recursos.

El derecho al recurso no está dentro del artículo 2 de la Constitución Política, sino que constituye uno de los principios de la administración de justicia. La interpretación de este derecho, en el sistema regional de protección de Derechos Humanos, debe ser acorde con el Artículo 8.2., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala que: Toda persona inculpada de delito tiene Derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el Proceso, toda persona tiene derechos, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derechos de recurrir del fallo ante el Juez o tribunal superior.

Tenemos que de la primera parte de este fundamento legal se hace referencia a la presunción de inocencia, que por interpretación sistemática y teleológica de las normas internacionales y el proceso penal acusatorio no solo debe reducirse al momento en que se declara la culpabilidad (en la sentencia de primera instancia) sino que debe considerarse aún como inocente o no como culpable hasta que una resolución firme no señale lo contrario, es decir, hasta que se tenga por consentida o ejecutoriada una sentencia declaratoria de culpabilidad.

En la segunda parte del artículo en comento, se desprende que una de las garantías en el proceso penal es el derecho a recurrir el fallo del Juez de primera instancia ante un tribunal superior, es decir, se reconoce el derecho al recurso y la revisión de sentencias y autos, pues de la redacción del texto no se infiere que solo sea aplicable a las sentencias.

En tal sentido, estamos frente a una norma supranacional, que tiene como característica la de formar parte de nuestro ordenamiento interno, y, que cualquier interpretación a favor del ciudadano inmerso en un proceso penal, es bien venido, en este caso, garantizar la pluralidad de instancia cuando una persona ha sido condenada en segunda instancia por apelación del representante de Ministerio Público.

Continuando con el análisis, se desprende en la parte in fine del comentado artículo, se faculta el recurrir ante el juez o tribunal superior, esto es, se acepta el recurso de reconsideración (recurso que se plantea ante el mismo Juez) y ante el superior (característica de la apelación, casación y queja). La generalidad, en consecuencia, no restringe la interpretación de ninguna forma.

Y como corolario, se tiene el informe emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al caso Oscar Alberto Mohamed Vs. El Estado Argentino (cuyas piezas principales se anexan a la presente investigación), es así, este órgano internacional, recibió una denuncia presentada por el señor Carlos Alberto Mohamed, formándose el expediente N° 11.618, y que en la denuncia se alegó la responsabilidad internacional de la República Argentina, por cuanto en el proceso en el que se juzgó al señor Mohamed por homicidio culposo, a raíz de un accidente de tránsito, en el cual se alegó que el Estado Argentino no habría garantizado el derecho de acceder a un recurso que se revisará su sentencia condenatoria, puesto que en primera instancia habría sido absuelto, para luego ser condenado en segunda instancia, presuntamente sin acceso a un recurso de revisión posterior.

A su vez el Estado Argentino, contesta la demanda aduciendo que el señor Alberto Mohamen, fue procesado en dos instancias en las cuales se respetaron todas las garantías del debido proceso legal, alegando además que no existe en el derecho internacional una exigencia para que los estados provean una instancia ulterior de revisión de una condena emitida por un Tribunal de Apelaciones.

El principal argumento radica, de que 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**, por lo que, este órgano supranacional no cuestiona la posibilidad de que se pueda impugnar una sentencia absolutoria de primera instancia, ni tampoco de que tal decisión absolutoria de primera instancia por una condena en segunda

instancia, sino que el mismo se limita a cuestionar, a partir de ahí, la no existencia de un recurso ordinario que garantice una revisión completa.

En tal sentido, conforme apunta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso en comento, toda persona condenada, aun en segunda instancia tras la absolución en primera instancia, tiene derecho a solicitar una revisión de cuestiones de diverso orden y que las mismas sean analizadas efectivamente por un Tribunal jerárquicamente que ejerce la revisión, precisamente con el objeto de corregir posibles errores de interpretación, de valoración de pruebas o de análisis, aspectos que están proscritos por medio de un recurso impugnatorio de casación⁶⁰ penal, como es el nuestro.

La Comisión Interamericana advierte que, para el caso del señor Alberto Mohamed, esta persona no ha contado con una revisión de su condena a los efectos de corregir posibles errores, violándose en su perjuicio el derecho contemplado en el artículo 8°.2.h., de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tal sentido la Comisión Interamericana ha dispuesto que el Estado Argentino cumpla con:

⁶⁰ . Que el recurso de casación no es un recurso idóneo para garantizar el derecho a recurrir del absuelto condenado en segunda instancia, lo podemos constatar en la experiencia de otros países (argentina, Costa Rica, España, etc.), en los cuales rige el sistema de instancia única, por el cual una vez condenado en la instancia, solo le queda el recurso de casación como medio de revisión de dicha sentencia. Por ello, en el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que: "(...) frente a la sentencia adversa de primera instancia el Señor Mauricio Herrera Ulloa solo contaba con el recurso de casación como único medio procesal para impugnar el fallo condenatorio. Dada las limitaciones del recurso de casación, este no cumple con el Artículo 8.2.h) de la Convención, pues no satisface el derecho de recurrir del fallo ante un Juez o tribunal superior, y el recurso de casación en el presente caso era insuficiente e ilusorio, con lo cual se lesionó el derecho del señor Herrera Ulloa a un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial (artículo 8.1 de la Convención). Asimismo señala que el recurso de casación no es un recurso pleno, sino que es un recurso extraordinario. No autoriza la revisión completa del caso en los hechos y en el derecho, sino que se resuelve en diversos y complicados formalismos, lo cual es contrario al artículo 8.2.h de la Convención. El recurso de casación no permite la reapertura del caso a pruebas, ni una nueva valoración de las ya producidas, ni ningún otro medio de defensa que no esté comprendido en la enumeración del Artículo 369 del Código procesal Penal de Costa Rica (...) la Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto". (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004)

- a. Disponer las medidas necesarias para que Oscar Alberto Mohamed pueda interponer, a la brevedad, un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la sentencia condenatoria en cumplimiento del artículo 8.2.h., de la Convención Americana.
- b. Disponer las medidas legislativas y de otra índole para asegurar el cumplimiento efectivo del derecho consagrado en el artículo 8.2.h., de la Convención Americana de conformidad con los estándares descritos en el presente informe.
- c. Adoptar las medidas necesarias para Oscar Alberto Mohamed reciba una adecuada y oportuna reparación por las violaciones de los derechos humanos establecidos en el presente informe.

Lo trascendente del presente informe, es que “el Perú se encuentra también en la obligación de vincularse a tales fundamentos, por ser parte de tal organismo internacional”. (Expediente. N° 00007-2007), al afirmar que: en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de derechos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el estado peruano no haya sido parte en el proceso”. (Expediente. N° 00007-2007)

Del mismo modo, existen a la fecha varios pronunciamientos del Comité de derechos Humanos en donde, se tiene en cuenta el Artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se viene cuestionando la institución procesal de la Condena del Absuelto. Tal como nos los hace conocer el profesor Ore Guardia, al precisar que el Comité de Derechos Humanos ha establecido en la observación 32 (del 27 de julio de 2007) criterios de interpretación del Artículo 14.5 del PIDCyP, señalando que no solo se vulnera el artículo en mención cuando la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos ha plasmado en varios pronunciamientos que “la ausencia del derecho a revisión por un

tribunal superior de la condena impuesta por un tribunal de apelación, después de que la persona hubiera sido declarada inocente por un tribunal inferior, constituye una violación del párrafo 5 del Artículo 14 del Pacto. (ORE 2011, 159-160)

2.10. LA COSA JUZGADA.

Se considera como una garantía que forma parte integrante del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, al comprender ésta, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. Es el principio de Cosa Juzgada en virtud del cual una resolución judicial firme, sentencia o auto de archivo es inalterable. La inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, la cosa juzgada despliega un doble efecto: UNO POSITIVO, por el cual lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica; y UNO NEGATIVO: que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. (PICO I 2000, 70)

Este último efecto conocido como “el *non bis in idem* se constituye en la garantía de no ser procesado dos veces por el mismo delito, y encuentra su fundamento en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo” (SAN MARTIN, 1999c ,62). La interdicción de la persecución penal múltiple, tiene expreso reconocimiento en el artículo III del título Preliminar del Código Procesal Penal que establece, nadie podrá ser procesado ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. (Artículo 3)

DIMENSIONES DEL *NE BIS IN IDEM*.

2.10.1. NE BIS IN IDEN MATERIAL O SUSTANTIVO:

Esta garantía implica que no se puede sancionar a una persona por los mismos hechos, esto debe entenderse que cuando se refiere a ser castigado dos veces por un mismo hecho se trata de sentencia firme, entendida como aquella resolución

emanada en el ejercicio de la jurisdicción que adquiriera las calidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada.⁶¹

2.10.2. NE BIS IN IDEM PROCESAL O FORMAL

Mediante esta garantía se impide que se inicie un nuevo enjuiciamiento penal basado en la imputación de un hecho ilícito respecto del cual existe un proceso anterior o en trámite. Así en un plano preventivo, el *nebis in idem* procesal proscribe desde ya, exista o no cosa juzgada, la persecución sancionatoria por un mismo contenido de injusto, sin importar si los procesos paralelos se desarrollan dentro del mismo sector del ordenamiento jurídico o en dos o más de ellos (CARO 2006, 24), es así que, con esta garantía se busca frenar la dualidad de procedimientos, a través de la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta.

Lo inadmisibles, radica en tanto la repetición del proceso como una doble condena o el riesgo de afrontarla, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución de la cual está provista el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución.

Así nadie puede ser juzgado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente.⁶²

2.11. CAUSALES DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 425. INCISO 3. LITERAL B, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 425 (RECURSO DE APELACIÓN)

En el contexto anterior a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004, no se encontraba en cuerpo legal alguno lo relacionado a la actividad impugnatoria.

⁶¹ . “la cosa juzgada no constituye un efecto sino una cualidad de la sentencia que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los efectos que produzcan.” (REATEGUI 2006, 42).

⁶² . Es decir: “que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos”. (Expediente. N° 3960-2005)

Los medios de impugnación se encontraban regulados de manera asistemática en diferentes cuerpos legales de la época, como lo son los Decretos Legislativos N°124 (establecido para los procesos sumarios) y el Código de Procedimientos Penales de 1940 (establecido para los procesos ordinarios), donde se regulaban por excelencia el derecho al recurso de apelación y al recurso de nulidad respectivamente, y que de este último tanto su delimitación y objeto lo consideramos según José Urquiza, como a continuación detallamos:

A. Delimitación y alcance del Recurso de Nulidad.

(...) Que, por principio dispositivo (las partes son el objeto activo de la instancia recursal que inicia si media la impugnación del interesado) de aplicación de los medios impugnatorios, se le faculta al Tribunal de Apelaciones pronunciarse en estricto sobre los agravios de la impugnación de las partes –por lo que sólo le corresponde al Tribunal resolver dentro de los términos del ámbito del recurso-, conforme a lo establecido en el inciso uno del artículo 300 del Código de Procedimientos Penales –modificado por Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve-, en concordancia con el principio *tantum devolutum quantum appellatum* (tanto devuelto como apelado), asimismo, la Ejecutoria aludida ha señalado respecto a materia de nulidades insubsanable o absoluta que las normas de garantía no puede invocarse para afectar precisamente al propio garantizado (...) Que, el Fiscal ni la parte civil interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el extremo absolutorio, de ahí que el Tribunal de Apelaciones estimó que la nulidad se debe a una valoración de que existía deficiencia en el diligenciamiento probatorio por haberse desarrollado de forma limitada, sin embargo esta facultad debió ejercerse bajo el principio de racionalidad y sin vulnerar el principio acusatorio, por lo que la nulidad vulneró el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y a la protección constitucional de la firmeza de las decisiones judiciales del recurrente – inciso tres y trece del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución.

B. Objeto impugnado en Recurso de Apelación.

(...) en pleno desarrollo de la audiencia pública, la encausada dedujo la excepción de cosa juzgada (...) y al haber sido declarada infundada por el Tribunal de instancia (...) interpone recurso de nulidad; empero, el presupuesto procesal de carácter objetivo que condiciona la admisión a trámite de todo recurso impugnatorio está referido al objeto impugnado, es decir, a la resolución que puede recurrirse, en tanto y en cuanto rige el principio de taxatividad de los recursos; que el artículo doscientos noventa y dos del Código de Procedimientos Penales (...) no contempla a la resolución que se cuestiona como recurrible vía recurso de nulidad – única vía ordinaria y formal para acceder a este Supremo Tribunal-; que, en efecto, son recurribles en nulidad los autos que la Sala Penal Superior en primera instancia extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia; que, en el presente caso, se trata de una resolución que desestima la acción de cosa juzgada y, por ende, dispone continúe la causa según su estado, es decir no extingue la acción ni pone fin al procedimiento, solo manda continuar el sequito del proceso según su estado por estimar que el contenido fáctico del proceso primigenio fue distinto al que constituye materia del proceso penal del cual deriva este incidente. (URQUIZO 2011, 750-754).

Por ello, si nos damos cuenta, en el modelo procesal mixto reformado se podía acceder a la doble instancia por dos recursos distintos (ambos con doble efecto), uno para el proceso sumario y otro para el proceso ordinario, cuando en realidad los presupuestos de procedencia del recurso de nulidad podían ser absorbidos por el recurso de apelación, evitándonos de esta manera tener dos recursos distintos para el mismo fin⁶³.

⁶³ Según lo prescrito en el artículo 382 del Código Procesal Civil (de aplicación supletoria a los cuerpos legales cuestionados) en el sentido de señalar que: “El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad”.

Es así, que ninguno de los cuerpos legales antes indicados regulaba a la institución jurídica procesal de la nulidad como remedio procesal, y es que si bien el Código de Procedimientos Penales de 1940⁶⁴ contenía el recurso de nulidad, lo hacía como recurso de impugnación y sólo para los delitos que se tramitaban vía proceso ordinario.

Por su parte, el proceso sumario se tramitaba bajo las disposiciones del Decreto Legislativo N° 124, no existía mecanismo alguno (entiéndase la nulidad como remedio procesal) para cuestionar, por ejemplo, la validez de un acto procesal que se encuentre viciado por el actuar de alguno de los sujetos procesales, cuya consecuencia ineludible sea la nulidad del mismo.

Ante este panorama es que aparece el Código Procesal Penal de 2004, el cual regula los medios de impugnación en su libro Cuarto desde el artículo 404 al 445. En este Capítulo se encuentran regulados todos los medios impugnatorios que se puedan valer en un proceso penal, así como los plazos en los cuales se pueden interponer y las características propias de cada uno de ellos.

⁶⁴ (...) determinó que el proceso penal se dividiera en dos etapas: Instrucción y Juzgamiento. Ambas etapas a cargo de diferentes jueces (...) Sin embargo, en 1969 a pesar de que el legislador del 140 dejó clara la idea que el juez que investiga no podía fallar, e inspirada en la sobrecarga procesal existente en los Tribunales Correccionales debido a la gran cantidad de delitos de poca monta, que tenían que ser resueltos en esa sede, emite el D.L N° 17110.

Estableciendo con el referido Decreto Ley que, en determinados delitos taxativamente enumerados, el mismo Juez que investigaba, tendría facultad de fallo suprimiendo con ello la etapa de Juicio Oral. Aun Así, hay algo que resaltar de este tipo de procedimiento, y ello está referido a que en el Art. 9; se establecía que contra la sentencia dictada por el Juez de Instrucción procedía recurso de apelación y que ello daría paso a la realización de una audiencia con las características de un procedimiento ordinario.

Con la dación de este Decreto Ley, se abre paso a un régimen de excepción, que iría restringiendo progresivamente la realización del juicio oral en determinados delitos hasta llegar a una sumarización de los procedimientos en la totalidad de delitos, lo que inicialmente se constituyó como una excepción, posteriormente la constituiríamos como regla.

Así tenemos que a partir de 1981 se empieza a desdibujar el panorama del proceso penal peruano, ampliando cada vez más el ámbito de aplicación del procedimiento sumario, con la derogación del Decreto Ley 17110, sustituyéndolo por el Decreto Legislativo 124, que ya no establecía en ningún artículo y bajo ninguna circunstancia la posibilidad de que un caso tramitado en la vía sumaria se ventilara en el procedimiento ordinario.

El siguiente paso para la sumarización del proceso penal se da 1996, fecha en que se publica la Ley N° 26689, que enumera de manera taxativa los proceso sujetos a tramitación ordinaria convirtiendo la excepción (procedimiento sumario) en regla. En el año 2001, ésta lista se precisa aún más y lo que finalmente queda del panorama del proceso penal es una estructura en la cual el 90% de delitos se tramitan mediante un procedimiento netamente inquisitivo.

Pero aún en el caso del procedimiento ordinario, en el que aún se mantiene la etapa de juzgamiento, ésta deviene en ser una etapa meramente simbólica del proceso penal, convirtiéndose virtualmente en una etapa formal que tampoco asegura los estándares mínimos de procedimientos para que este merezca el adjetivo de debido. (Academia de la Magistratura, Código Procesal Penal Manual Operativos 2007, 19-20)

Si bien es cierto, en el Nuevo Código Procesal Penal, se encuentran mejor sistematizados los recursos de impugnación, también es cierto que dentro de su esquematización o estructuración, encontramos normas que lindan con nuestra Constitución, tal es el caso del Artículo 425, que motivó la presente investigación, el mismo que resulta inconstitucional, lo cual estaría contraviniendo también lo establecido en la Exposición de Motivos en el cual se expresa que:

Luego de más de seis décadas de vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, asistimos al momento de renovación de dicho cuerpo normativo siendo este el momento culminante de una etapa importante del proceso de reforma de la justicia penal que en nuestro país lleva cerca de quince años (...) Desde aquel entonces la reforma procesal penal peruana ingresó en un periodo de letanía que se prolongó hasta el presente año, ahora ya en democracia, el Poder Ejecutivo impulsó la creación de la Comisión de Alto Nivel mediante Decreto Supremo N° 00-2003-JUS del 14 de marzo de 2003 cuyo propósito es proponer las modificaciones y mecanismos legales para la Implementación del Nuevo Código Procesal Penal (...) son varias razones que justifican que nuestro país cuente con un nuevo Código Procesal Penal. Desde un punto de vista del derecho comparado casi todos los países de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos (...) Esta tendencia en la legislación comparada tiene su razón de ser en la necesidad de que los países de este lado del continente adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (...). (Exposición de Motivos del Nuevo Código Procesal Penal de 2004)

Como se desprende -exposición de motivos-, claramente que el nuevo Código Procesal Penal, obedece a que nuestro país esté acorde con los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales, sin embargo, el artículo 425, inciso 3, literal b., no contribuye con lo establecido por el legislador, toda vez, que el pensamiento

progresista del presente siglo ha dedicado su esfuerzo por humanizar el proceso penal, por tanto, hacerlo más racional, es así, que el nuevo Código Procesal Penal de 2004, el mismo que se inspira en el mandato constitucional de respeto y garantía de los derechos fundamentales⁶⁵ de la persona y buscar establecer un equilibrio entre estos derechos y las facultades de persecución y sanción penal del Estado, lo cual se funda en el principio de limitación de poder que tiene y debe de defender un Estado Democrático de Derecho, y cuyo límite son los Derechos fundamentales, reconocidos en nuestra Constitución y en los Tratados Supranacionales relacionados a Derechos Humanos del cual nuestro país es parte y que por mandato constitucional como se ha visto en la presente investigación deben ser incorporados a nuestro derecho interno, los mismos que deben ser aplicados por nuestro Magistrados.

Con el fin de lograr establecer, las razones o fundamentos de la inconstitucionalidad del artículo bajo estudio, tendremos como base los principios más característicos que guían la interpretación constitucional, recogidos del Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo⁶⁶, conforme a continuación se desarrolla:

⁶⁵ Que, el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como el literal h del inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exige que, en la organización del proceso penal, la parte acusada tenga la posibilidad de discutir la pretensión jurídico penal en su contra ante un órgano jurisdiccional superior y por ende distinto.

⁶⁶ . Al abordar el tema de la interpretación constitucional, tenemos que tener claro que no estamos haciendo referencia a un tipo de interpretación que sea ajeno a la interpretación jurídica en general, por el contrario, es dentro de este universo en el que se desarrolla, pues, al igual que todo texto legal, las constituciones son generalmente textos escritos o formulaciones normativas susceptibles de interpretación. Sin embargo, lo que no podemos hacer es desconocer que la Constitución es una norma peculiar por su jerarquía normativa, alto contenido valorativo, etc., y estas peculiaridades afectan al método de su interpretación. Y precisamente por ello, es que la cuestión de si estas especialidades vienen a configurar un proceso cualitativamente distinto, o más bien solo una diferencia de grado respecto al método de interpretación jurídica en general, es difícil de responder categóricamente. Conviene precisar, en todo caso, que los elementos y criterios propios de interpretación jurídica son aplicables a la interpretación constitucional, si bien con algunos matices; pero resultan en sí mismos insuficientes y deben ser completados con otros criterios propios.

En ese sentido se debe de considerar: a) El Carácter abierto de la Constitución, lo que permite diferentes lecturas legítimas de ella. Esta apertura es en ocasiones buscada intencionadamente, tanto para permitir el consenso, como para permitir la adaptación del texto constitucional a las nuevas situaciones o cambios. Sin embargo el carácter abierto es también consecuencia de la propia naturaleza de los conceptos recogidos en el texto constitucional. En todo caso, dicha apertura no es total, ya que no puede quedar indeterminados los fundamentos del orden de la comunidad; pero plantea mayores problemas de interpretación, ya que estos conceptos generales conllevan la necesidad de rellenar estas fórmulas con criterios materiales a veces polémicos y nunca aproblemáticos, b) su politicidad, pues incluso la elaboración de la Constitución responde a un conjunto de valores políticos. Es imposible evitar esta influencia en el momento mismo de su interpretación ya que la interpretación constitucional

2.11.1. Principio de la Unidad de la Constitución, en virtud de la cual la norma constitucional no se puede interpretar en forma aislada, sino que debe de considerarse dentro del conjunto constitucional. En otras palabras, este principio busca considerar a la Constitución como un todo y no limitar la interpretación de la norma de inferior jerarquía a una determinada norma constitucional, en razón de afinidad de materia.

En tal sentido, la pluralidad de instancia, recogida en nuestra Constitución Política (Artículo 139 inciso 6), debe estar, en consonancia con los Tratados Internacionales como son: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, del mismo modo con los principios y artículos que regulan el derecho constitucional de pluralidad de instancia; en consecuencia no reconocer este derecho, como se desprende del Artículo 425, inciso 3, literal b., sería una razón de la inconstitucionalidad, en la cual estaría inmerso el artículo antes indicado.

2.11.2. El Principio de concordancia práctica; que se basa en la conexidad existente entre los bienes constitucionalmente protegidos. Conlleva la complejidad de resolver, en cierto casos, el problema que se plantea cuando entran en conflicto bienes o intereses constitucionalmente amparados sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales. Exige del intérprete constitucional un alto grado de ponderación de los valores en conflicto, buscando que prevalezca el equilibrio de la protección de los

decide sobre problemas políticamente relevantes en mayor medida que la interpretación de otras reglas jurídicas” y está más condicionada por las concretas situaciones de poder y de peso político en las que se encuentran los órganos constitucionales y las fuerzas sociales que están tras ella; y, c) su carácter axiológico derivado igualmente del propio texto constitucional. La frecuencia o proliferación de términos valorativos en los textos constitucionales plantea problemas considerables de interpretación por un lado, en cuanto a la propia interpretación de tales valores, respecto a la que cabe destacar la importancia de lo que se ha denominado contexto funcional, que en este caso estaría constituido por la axiología política, además de otros elementos como la economía, los valores morales generales, o los valores culturales; por otro lado, los propios principios y valores desempeñan una importante función en la interpretación de la Constitución: (1) encuadran los hechos en una precomprensión de sentido y valor, y (2) ensanchan las posibilidades interpretativas. (Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo 2012, 271)

derechos, los que deben ser conservados en su mayor medida, salvo cuando la Carta les confiere expresamente un grado de prevalencia de uno sobre otro.

Siendo, la pluralidad de instancia, principio integrante del Debido Proceso, como ya lo ha establecido nuestro máximo intérprete constitucional, y haciendo uso del principio de ponderación, esta debe sobreponerse a lo establecido por la Sala Constitucional y Social, al haber interpretado que, la pluralidad de instancia está garantizada, por lo que resolvió infundada la consulta remitida por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Sustenta además lo antes indicado, lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Mohamen Vs. Argentina, en cual se expone como ya se ha precisado en la presente investigación, que al no garantizar la pluralidad de instancia, se ha condenado al Estado Argentino, y, como nueva tendencia del respeto de Derechos Humanos, es que los fallos emitidos por órganos internacionales deben ser acatados por los estados miembros, por tener una fuerza vinculante, en consecuencia, otra razón más de la pregonada inconstitucionalidad.

2.11.3. Principio de eficacia integradora de la Constitución; a través de la cual se valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico- políticas que promuevan la integración social y la unidad de este cuerpo normativo. Con ello se afirma el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida que integra los valores minoritarios con el mayoritario, gracias a entender que la Constitución expresa la diversidad de los intereses sociales, dentro de la Unidad Política.

Siguiendo este principio, y, teniendo en cuenta, que el artículo en comento tiene carácter *erga omnes*, es decir, para todos, y, que en cualquier momento un ciudadano, se puede encontrar inmerso en un proceso penal, el mismo que debe garantizar que el fallo condenatorio, debe estar premunido de una doble instancia, sin restricción alguna y de manera sencilla, por constituir un derecho fundamental reconocido en

instrumentos internacionales, es por ello, que las interpretaciones⁶⁷ deben estar a favor de la persona, y no a favor de políticas criminales improvisadas, en tanto y en cuanto, condenar a una persona absuelta en primera instancia, y no establecer un recurso sencillo a fin de que haga efectivo el derecho de pluralidad de instancia, esta norma (Artículo 425 inciso 3.b.), deviene en inconstitucional.

2.11.4. Principio de fuerza normativa de la Constitución; que parte de la base que todos los textos constitucionales tienen valor normativo. Responde a la visión actual de que todas las normas constitucionales son vinculantes en su letra o en su espíritu. Por lo tanto la Constitución tiene eficacia directa no será norma sobre norma, sino norma aplicable.

⁶⁷ . **El principio de interpretación *pro homine***, este principio puede ser entendido de dos maneras: como una directriz de preferencia de normas pero también como una directriz de preferencia de interpretaciones. En el primer caso el principio consiste en privilegiar la norma más favorable al ser humano, con independencia de su jerarquía o de si está contenida en una norma interna o internacional. En otras palabras el intérprete deberá optar por la norma más propicia para el individuo, aunque se tratara de una norma de inferior jerarquía (Decreto en vez de Ley) o de una norma de carácter interno (Ley en vez de Tratado) Así ha sido consagrado este principio por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre la colegiación Obligatoria de los periodistas, como en diversos Tratados Internacionales, pudiendo citarse como ejemplo el artículo 5, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el mismo artículo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales dispones (...) No podrá admitirse restricción o menos cabo de ninguno de los Derechos Fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. (...) El segundo caso, el principio consiste en interpretar la norma de la manera más favorable a la persona. En este sentido, si el precepto en cuestión permite dos o más interpretaciones, habrá que optar por la más protectora de la persona y desechar la más restrictiva (...) cabría señalar que muchas veces este principio *pro homine* obliga al intérprete a dejar de lado el principio de interpretación “del objeto y fin del tratado”. Ello debido a que los Tratados de Derechos Humanos (...) buscan proteger a las personas y no a los estados que los celebran. Esto último significa que, siempre y en todos los casos, el fin último de protección a la persona se debe colocar por encima de cualquier otro fin particular que pueda ser perseguido por los estados (...).

El principio de interpretación dinámica, (...) las normas sobre Derechos Humanos deben ser interpretadas conforme a los avances y progresos de la humanidad en el tiempo; en otra palabras, lo Tratados de Derechos Humanos deben ser interpretados de la manera más favorable al individuo, lo que implica que dicha interpretación se realice a la luz de los valores vigentes en ese momento, y no de los valores vigentes al momento en que se consagró el derecho. Este principio ha sido afirmado también por la corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° 10, donde señaló: Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del estatus jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el Sistema Interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración. En suma el principio de interpretación dinámica nos lleva a determinar el alcance y contenido de los Derechos Humanos no en función el momento en que fueron consagrados sino más bien en función de su evolución posterior y adaptación a las nuevas realidades. (ACADEMIA de la MAGISTRATURA 2004, 183-184)

Es así, que el valor normativo, en lo concerniente a la pluralidad de instancia, viene siendo desconocido, por el Sistema Procesal Penal vigente, precisamente establecido en el artículo 425, inciso 3 literal b., del Código Procesal Penal de 2004, dejando de lado la eficacia directa, que tiene nuestra Carta Magna.

2.11.5. Principio de adaptación a las circunstancias, que está en estrecha relación con el principio de eficacia integradora de la Constitución y consiste que el intérprete, al resolver un caso concreto, debe buscar la adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias sociales, políticas o económicas existentes en el momento de realizarse la interpretación.

En este orden de ideas, tenemos que los operadores jurisdiccionales, en su mayoría se convierte en boca de la ley, sin hacer ningún tipo de hermenéutica jurídica⁶⁸, o mejor dicho sin hacer mayor esfuerzo de interpretación, resuelven sólo con lo que los códigos establecen, tal y como se ha visto y analizado en el presente trabajo de investigación (los casos tanto de Sala Superior de Chiclayo y de Huaura), en la cual los Jueces han sentenciado a personas que fueron absueltas (condenas absolutorias) en primera instancia, lo cual deja mucho que desear de tales decisiones, sin embargo, existen Magistrado destacados, que se arriesga en la labor hermenéutica que la carrera jurisdiccional exige (caso de Sala de Apelaciones de Arequipa- inaplicó el artículo 425, inciso 3, literal b., al determinar que la indicada norma no garantizaba el derecho de pluralidad de instancia, por lo que, el caso fue elevado en consulta, la misma que fue desaprobada⁶⁹ por la Sala de Derecho Constitucional y Social

⁶⁸ . Método jurídico hermenéutico clásico, mantiene fidelidad a los medios gramaticales, lógicos históricos y sistemáticos de interpretar la Constitución. Abarca la interpretación gramatical- consiste en atribuir a los términos de la Constitución el significado que las palabras tienen en el lenguaje ordinario, este método también es llamado textual, lógica-utiliza los argumentos de la lógica formal para determinar el sentido de la norma-, histórica- consiste en investigar cual fue la intención del constituyente a la hora de redactar la norma-, y, sistemática – parte de la idea que la constitución es una unidad coherente, que establece los principios fundamentales de la sociedad y que sus normas no deben ser interpretadas de manera aislada, sino como un conjunto coherente de principios interrelación. (<http://www.Monografías.Com/trabajos/74/> interpretación, consultada 01-01-2012).

⁶⁹ (...)DESAPROBARON la resolución consultada(...) en cuanto declara inaplicable a este caso en concreto, el artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, únicamente en cuanto señala que “si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y la reparación civil a que hubiere

Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, además nos encontramos con Magistrados Superiores, que con el fin de mantener políticas desfasadas, éstos no realizan ningún tipo de interpretación, causando de esta manera vulneración de derechos fundamentales, como es el caso que nos ocupa, el derecho de pluralidad de instancia.

Por tanto, las razones para declarar la inconstitucionalidad del artículo 425 inciso 3. Literal b., en lo concerniente a la sentencia del condenado absuelto, son las siguientes:

- a. La condena del sentenciado absuelto, es inconstitucional, por no garantizar la pluralidad de instancia, reconocido en Instrumentos Internacionales, como son: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como en la Convención América de Derechos Humanos, de la cual es Perú es parte.
- b. El derecho de pluralidad de instancia, conforma el Debido Proceso, sustento que ha sido reconocido por nuestro máximo intérprete de la Constitución, en tal sentido al no estar garantizado este derecho, en un proceso penal, se estaría vulnerando el debido proceso.
- c. Que, el derecho de pluralidad de instancia, debe estar a la mano del ciudadano inmerso en proceso penal, a fin de plantear un recurso de apelación, debiendo ser este, sencillo y de fácil acceso, sin restricción alguna, es decir, un recurso impugnatorio ordinario, lo que no sucede en nuestro sistema procesal penal, y que de manera inconstitucional se ha establecido el recurso de casación para tal fin, el mismo que no garantiza el derecho en comento, por ser un recurso extraordinario y tiene como característica de ser un recurso reglado.
- d. El valor normativo, de nuestra Constitución, en lo concerniente a la pluralidad de instancia, viene siendo desconocido, por el sistema procesal penal vigente, precisamente, según lo establecido en el artículo 425, inciso 3 literal b., del Código Procesal Penal de 2004, dejando de lado la eficacia directa, que tiene nuestra Carta Magna, permitiendo que Magistrados, en estos casos considerados solo “boca de la Ley” -salvo honrosas excepciones- condenen (Sala de Apelaciones) a personas que fueron absueltas (primera instancia), todo ello, por la decidía de efectuar una verdadera labor hermenéutica jurídica

lugar”, DISPUSIERON que la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, expida un nuevo pronunciamiento con arreglo a los considerandos expuestos (...).(Consulta N° 2491-2010- Arequipa), la misma que se anexa a la presente investigación.

que la practica jurisdiccional exige, debiendo aplicar e interpretar para tal efecto la normatividad de los instrumentos internacionales, que nuestra Constitución faculta y que en la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal de 2004, se afirma que la tendencia en la legislación comparada tiene su razón de ser en la necesidad que los países de este lado del continente adecúen su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

CAPÍTULO III

COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Como fue en un primer momento, en la presente investigación, se planteó como hipótesis: La regulación legal del artículo 425°, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal del año 2004, resulta inconstitucional, en cuanto, contraviene el Derecho de Pluralidad de instancia, establecido en el artículo 139° inciso 6., de la Constitución del Estado., es así, que luego de haber realizado una interpretación constitucional, una interpretación sistemática y *pro homine* de la normatividad pertinente, se ha podido comprobar la hipótesis planteada, y, luego de haber desarrollado la presente investigación, con la información doctrinaria expuesta e información normativa relacionada a la pluralidad de instancia, tanto a nivel nacional como internacional y que en virtud de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política del Perú, las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales, sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En tal sentido, no podemos dejar de analizar la legislación internacional; sobre todo los Tratados que guardan relación con el presente trabajo de investigación teniendo en cuenta que constituyen nuestro bloque de constitucionalidad, esto es, que las normas constitucionales pueden ser más numerosas que aquellas que puedan encontrarse en el articulado de la Constitución, en consecuencia el bloque de constitucionalidad no solo nos permite incluso nos obliga a interpretar la normatividad del Código Procesal Penal a partir de las garantías fundamentales establecidas en nuestra Ley Fundamental y en muchos Tratados de Derechos Humanos y cuyas sentencias tienen fuerza vinculante para el Estado peruano. En consecuencia, se comprueba que el artículo 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal vigente, en el cual la Sala de Apelaciones puede condenar a un sentenciado absuelto, es inconstitucional.

CAPÍTULO IV

DEMANDA DE INCONSTITUCIONAL

4.1. PROYECTO DE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

EXPEDIENTE :
ESCRITO :
ESPECIALISTA LEGAL :
MATERIA : PROCESO DE
INCONSTITUCIONALIDAD.

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JORGE MALCA VÁSQUEZ, identificado con DNI N° 26723009, Decano del Colegio de Abogados de Cajamarca, con domicilio legal en el Jr. El Comercio N°. 680 y domicilio procesal..... ; ante usted me presento y digo:

I. APERSONAMIENTO

En mérito a lo dispuesto en el artículo 203°, inciso 7 de la Constitución Política del Perú, concordado con el artículos 98° y 99° del Código Procesal Constitucional, por los cuales los Colegios Profesionales pueden, al tratarse de una materia de su especialidad, interponer demanda de inconstitucionalidad contra del inciso 3. literal b), del Artículo 425 del Código Procesal Penal del año 2004, específicamente en el extremo (...) **Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiera lugar (...)** negrita nuestra, a fin de que tal facultad sea eliminada del ordenamiento jurídico por contravenir el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que garantiza la pluralidad de instancia, actualmente vigente, en tal sentido y en mi condición de Decano del Colegio de Abogados de Cajamarca conforme al credencial ... me apersono a su Despacho con la finalidad de interponer demanda de inconstitucionalidad.

II. ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LA DEMANDA

1. El Artículo 200°, inciso 4 de la Constitución, concordado con los artículos 75° y 77° del Código Procesal Constitucional, el mismo que señala que el PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD procede contra las normas de rango de Ley que contravienen la Constitución directa o indirectamente, por la forma o por el fondo, total o parcialmente, a fin de tutelar la supremacía normativa del texto constitucional y para lograr la tutela de los Derechos Fundamentales, en el cual se incluye el derecho – doble instancia- afectado por el artículo 425, inciso 3, literal b,.

2. Además la demanda, se interpone dentro del plazo legal establecido en el artículo 100 del Código Procesal Constitucional, que es de seis años, pues, como se indicó, el artículo 425, inciso 3, literal b., del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, entró en vigencia en el distrito judicial de Cajamarca con fecha: 1 de abril de 2010.

III. PETITORIO

Se solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo 425° en el extremo del inciso 3 literal b), contenido en el Código Procesal Penal vigente, que a la letra prescribe: **“(..)** Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiera lugar (...)”, por contravenir el derecho de pluralidad de instancia reconocido constitucionalmente.

IV. FUNDAMENTOS DE HECHO.

1. Con fecha primero de abril de 2010, entro en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal, en el distrito judicial de Cajamarca.

2. Que mediante el inciso 3, literal b, del Artículo 425 del Código Procesal Penal vigente, se autoriza que una persona absuelta en primera instancia pueda ser condenada en segunda instancia, lo que resulta inconstitucional, por contravenir el derecho de Pluralidad de Instancia, conforme a lo estipulado en el Artículo 139 inciso 6 de la Constitución del Estado, así como el Artículo 8° de la Convención América de Derechos Humanos y el Artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del cual el Perú es parte; además

vulnera principios constitucionales que a continuación se desarrolla.

2.1. Principio de la Unidad de la Constitución, en virtud de la cual la norma constitucional no se puede interpretar en forma aislada, sino que debe de considerarse dentro del conjunto constitucional. En otras palabras, este principio busca considerar a la Constitución como un todo y no limitar la interpretación de la norma de inferior jerarquía a una determinada norma constitucional, en razón de afinidad de materia.

En tal sentido, la pluralidad de instancia, recogida en nuestra Constitución Política (Artículo 139 inciso 6), debe estar, en consonancia con los Tratados Internacionales citados líneas arriba y que tal interpretación se encuentra garantizada por la cuarta Disposición Transitoria de nuestra Carta Magna⁷⁰, del mismo modo con los principios y artículos que regulan el derecho constitucional de pluralidad de instancia, en consecuencia no reconocer este derecho, como se desprende del Artículo 425, inciso 3, literal b), sería una razón de la inconstitucionalidad, en la cual estaría inmerso el artículo antes indicado. Al autorizar la condena de un sentenciado que fue absuelto en primera instancia, como se desprende del extremo del artículo en comento que a la letra indica: (...) Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiera lugar (...).

2.2. El Principio de concordancia práctica, el cual se basa en la conexidad existente entre los bienes constitucionalmente protegidos. Conlleva la complejidad de resolver, en cierto casos, el problema que se plantea cuando entran en conflicto bienes o intereses constitucionalmente amparados sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales. Exige del intérprete constitucional un alto grado de ponderación de los valores en conflicto, buscando que prevalezca el equilibrio de la protección de los derechos, los que deben ser conservados en su mayor medida, salvo cuando la carta les confiere expresamente un grado de prevalencia de uno sobre otro.

⁷⁰ La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política señala que las normas relativas a los derechos y a la libertades que esta reconoce se interpretan de conformidad con la declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

De esta manera, la pluralidad de instancia, principio integrante del debido proceso, como ya lo ha establecido nuestro máximo intérprete constitucional, y haciendo uso del principio de ponderación, esta debe sobreponerse a lo establecido por la Sala Constitucional y Social⁷¹, al haber interpretado que, la pluralidad de instancia está garantizada, por lo que resolvió infundada la consulta remitida por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (expediente: N°. 2008-12172).

Sustenta además lo antes indicado, lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Mohamen vs. Argentina⁷², en el cual se expone como ya se ha precisado

⁷¹ La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; al absolver la consulta señala que: “ La condena del Absuelto no afecta la garantía de doble instancia(...) en la medida que, en estricto, lo que se reconoce en dicha norma constitucional es la garantía de instancia plural, la misma que se satisface estableciendo, como mínimo, la posibilidad en condiciones de igualdad de dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero” (...) asimismo se aprecia: “El Principio constitucional de la instancia plural trata en definitiva de que la organización del proceso admita que la posibilidad del objeto o pretensión pueda ser discutida ampliamente en dos instancias, a instancia tanto de parte acusada como acusadora. Por ende, el acusado (pero también la acusación respecto de su pretensión) tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva, defendiéndose de la acusación durante la primera instancia y luego, ante la apelación presentada por el fiscal, también podrá hacerlo en segunda instancia, a través de sus alegatos respectivos (Consulta N° 2491-2010- Arequipa, fundamentos: 5 y 7).

⁷² La Comisión Interamericana advierte que, para el caso del señor Alberto Mohamed, esta persona no ha contado con una revisión de su condena a los efectos de corregir posibles errores, violándose en su perjuicio el derecho contemplado en el artículo 8°.2.h., de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tal sentido la Comisión Interamericana ha dispuesto que el Estado Argentino cumpla con:

- Disponer las medidas necesarias para que Oscar Alberto Mohamed pueda interponer, a la brevedad, un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la sentencia condenatoria en cumplimiento del artículo 8.2.h de la Convención Americana.
- Disponer las medidas legislativas y de otra índole para asegurar el cumplimiento efectivo del derecho consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de conformidad con los estándares descritos en el presente informe.
- Adoptar las medidas necesarias para Oscar Alberto Mohamed reciba una adecuada y oportuna reparación por las violaciones de los derechos humanos establecidos en el presente informe.

Lo trascendente del presente informe, es que el Perú se encuentra también en la obligación de vincularse a tales fundamentos, por ser parte de tal organismo internacional, al afirmar que: en el presente caso no le queda más que ratificar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de derechos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso”. (Expediente. N° 00007-2007, expedida por el Tribunal Constitucional, fecha: 19 de junio de 2007, fj: 36, demanda de inconstitucionalidad, planteada por el Colegio de Abogados del Callao)

que al no garantizar la pluralidad de instancia, se ha condenado al Estado Argentino, y como nueva tendencia del respeto de Derechos Humanos, es que los fallos emitidos por órganos Internacionales deben ser acatados por los estados miembros, por tener una fuerza vinculante, en consecuencia, otra razón más de la pregonada inconstitucionalidad.

2.3. Principio de eficacia integrada de la Constitución, a través de la cual se valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico- políticas que promuevan la integración social y la unidad de este cuerpo normativo. Con ello se afirma el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida que integra los valores minoritarios con el mayoritario, dando a entender que la Constitución expresa la diversidad de los intereses sociales, dentro de la Unidad Política.

Siguiendo este principio, y, teniendo en cuenta, que el artículo en comento tiene carácter *erga omnes*, es decir, para todos, y, que en cualquier momento un ciudadano, se puede encontrar inmerso en un proceso penal, el mismo que debe garantizar que el fallo condenatorio, debe estar premunido de una doble instancia, sin restricción alguna y de manera sencilla, por constituir un derecho fundamental, es por ello, que las interpretaciones⁷³ deben estar a favor

⁷³ **El principio de interpretación *pro homine***, este principio puede ser entendido de dos maneras: como una directriz de preferencia de normas pero también como una directriz de preferencia de interpretaciones. En el primer caso el principio consiste en privilegiar la norma más favorable al ser humano, con independencia de su jerarquía o de si está contenida en una norma interna o internacional. En otras palabras el intérprete deberá optar por la norma más propicia para el individuo, aunque se tratara de una norma de inferior jerarquía (Decreto en vez de Ley) o de una norma de carácter interno (Ley en vez de Tratado) Así ha sido consagrado este principio por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre la colegiación Obligatoria de los periodistas, como en diversos Tratados Internacionales, pudiendo citarse como ejemplo el artículo 5, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el mismo artículo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales dispones (...) No podrá admitirse restricción o menos cabo de ninguno de los Derechos Fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. (...) El segundo caso, el principio consiste en interpretar la norma de la manera más favorable a la persona. En este sentido, si el precepto en cuestión permite dos o más interpretaciones, habrá que optar por la más protectora de la persona y desechar la más restrictiva (...) cabría señalar que muchas veces este principio *pro homine* obliga al intérprete a dejar de lado el principio de interpretación “del objeto y fin del tratado”. Ello debido a que los Tratados de Derechos Humanos (...) buscan proteger a las personas y no a los estados que los celebran. Esto último significa que, siempre y en todos los casos, el fin último de protección a la persona se debe colocar por encima de cualquier otro fin particular que pueda ser perseguido por los estados (...).

El principio de interpretación dinámica, (...) las normas sobre Derechos Humanos deben ser interpretadas conforme a los avances y progresos de la humanidad en el tiempo; en otra palabras, los Tratados de Derechos Humanos deben ser interpretados de la manera más favorable al individuo, lo que implica que dicha interpretación

de la persona (*pro homine*), y no a favor de políticas criminales improvisadas, en tanto y en cuanto, condenar a una persona absuelta en primera instancia, y no establecer un recurso sencillo a fin de que haga efectivo el derecho de pluralidad de instancia, esta norma (Artículo 425 inciso 3.b.) deviene en inconstitucional.

2.4. Principio de fuerza normativa de la Constitución; parte de la base que todos los textos constitucionales tienen valor normativo. Responde a la visión actual de que todas las normas constitucionales son vinculantes en su letra o en su espíritu. Por lo tanto, la Constitución tiene eficacia directa no será norma sobre norma, sino norma aplicable.

Es así, que el valor normativo, en lo concerniente a la pluralidad de instancia, viene siendo desconocido, por el sistema procesal penal vigente, precisamente establecido en el artículo 425, inciso 3, literal b., del Código Procesal Penal de 2004, dejando de lado la eficacia directa, que tiene nuestra Carta Magna.

2.5. Principio de adaptación a las circunstancias, que está en estrecha relación con el principio de eficacia integradora de la Constitución y consiste que el intérprete, al resolver un caso concreto, debe buscar la adaptación de las normas de la Constitución a las circunstancias sociales, políticas o económicas existentes en el momento de realizarse la interpretación.

En consecuencia, que los operadores jurisdiccionales, en su mayoría se convierten en boca de la ley, sin hacer ningún tipo de hermenéutica jurídica, o mejor dicho sin hacer mayor esfuerzo de interpretación, resuelven con lo que los códigos establecen, tal y como se ha resuelto en los Expediente N° 1488-2011-96-1706-JR-PE-06 y Expediente N° 2008-01403-87-1308-JR-PE-

se realice a la luz de los valores vigentes en ese momento, y no de los valores vigentes al momento en que se consagró el derecho. Este principio ha sido afirmado también por la corte Interamericana de derechos Humanos en su opinión consultiva N° 10, donde señaló: Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la declaración americana como la cuestión del estatus jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema Interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración. En suma el principio de interpretación dinámica nos lleva a determinar el alcance y contenido de los derechos humanos no en función en el momento en que fueron consagrados sino más bien en función de su evolución posterior y adaptación a las nuevas realidades. (ACADEMIA de la MAGISTRATURA 2004, 183-184)

1, caso de Chiclayo⁷⁴ y Huaura⁷⁵ respectivamente; en la cual los jueces han sentenciado a personas que fueron absueltas (condenas absolutorias) en primera instancia, lo cual deja mucho se decir de tales decisiones, sin embargo, existen Magistrados destacados, que se arriesga en la labor hermenéutica que la carrera jurisdiccional exige (caso de Sala de Apelaciones de Arequipa- inaplicó el artículo 425, inciso 3, literal b)., al determinar que la indicada norma no garantizaba el derecho de pluralidad de instancia, por lo que, el caso fue elevado en consulta, la misma que fue declarada infundada por la Sala Constitucional y Social de Derecho, tal y como se ha citado líneas arriba, sin embargo, se encuentran con Magistrados Superiores, que con el fin de mantener políticas desfasadas, realizan interpretaciones sesgadas, causando de esta manera vulneración de derechos fundamentales, como es el caso que nos ocupa, el derecho de pluralidad de instancia.

⁷⁴ Expediente N° **1488-2011-96-1706-JR-PE-06** (imputado Roberto Torres Gonzales), correspondiente al distrito Judicial de Lambayeque, proceso en el cual la Sala de Apelaciones, emitió su fallo de fecha 22 de mayo de 2012, mediante el cual revocando la sentencia absolutoria y reformándola condenaron al acusado.(...) Por tales consideraciones, y con la facultad que autoriza el artículo 425.3.b) del NCPP, la Segunda Sala Penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, **FALLA: REVOCANDO** la sentencia absolutoria, y **REFORMANDOLA, CONDENARON AL ACUSADO ROBERTO CACERES GONZALES**, como autor del delito de peculado de uso en agravio de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, y como tal le impusieron 2 años de pena privativa de libertad, suspendida en ejecución, por el periodo de prueba de un año, sujeto a las siguientes reglas de conducta(...) asimismo le impusieron la pena de inhabilitación accesoria, por el periodo de dos años, de conformidad con el artículo 36.1.2 del Código Penal (esto es, “privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado aunque provenga de elección popular; e incapacidad para” obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. **FIJARON EN SEIS MIL NUEVOS SOLES**, el monto de la **REPARACIÓN CIVIL**, que el sentenciado deberá abonar a favor de la Municipalidad Provincial de Chiclayo (Estado). **DISPUSIERON** se remitan testimonios de condena: al registro Nacional de Condenas de la Corte Suprema de la república, mas boletín de condena; al registro Distrital de Condenas de la Corte Superior de Justicia de la Lambayeque; y al sentenciado en forma personal, dejándose constancia en autos. Devuélvase al Juzgado de origen para la correspondiente intervención judicial de la pena y vigile su ejecución y el pago de la reparación civil.

⁷⁵ Expediente N° **2008-01403-87-1308-JR-PE-1** (imputado Alberto Abraham Canchari Melga), correspondiente al distrito judicial de HUAURA, y que la Sala de Apelaciones, mediante sentencia de fecha 14 de julio de 2009, en la cual se absolvía de la acusación fiscal al imputado del cargo del delito de actos contra el pudor, en donde reformándola, se dictó sentencia condenatoria, y que a la fecha tiene valor de cosa juzgada.

Tal y como se ha sentenciado en el Distrito Judicial de Huaura, (...) por mayoría resuelve: **REVOCAR** en todos sus extremos la sentencia de fecha 14 de julio de 2009, donde se **ABSUELVE** de la acusación fiscal al imputado del cargo de actos contra el pudor en agravio del menor de iniciales E.C.L.C, reformándola **SE CONDENA** por el delito contra la libertad sexual – modalidad de actos contra el pudor- en agravio del menor de las iniciales E.C.L.C a la pena privativa de libertad de siete años, fijándose por concepto de reparación civil la suma de dos mil nuevos soles. (Expediente N° 2008 –1403- Sala de Apelaciones de Justicia de Huaura).

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Artículos 75° y 77° del Código Procesal Constitucional.
2. Artículos 98° y 99° del Código Procesal Constitucional.
3. Artículo 100 del Código Procesal Constitucional.
4. Artículo 107, inciso 4 del Código procesal Constitucional.
5. Artículo 200°, inciso 4 de la Constitución.
6. inciso 3 literal b, del Artículo 425 del Código Procesal Penal.
7. Artículo 139 inciso 6 de la Constitución del Estado.
8. Artículo 8° de la Convención América de Derechos Humanos.
9. Artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
10. Artículos 75° y 77° del Código Procesal Constitucional,

POR TANTO:

A usted señor Presidente del Tribunal Constitucional, solicito admitir la presente demanda y en su momento declarar la inconstitucionalidad del literal b, correspondiente al inciso 3, contenido en el artículo 425 del Código Procesal Penal vigente.

PRIMER OTROSI DIGO: que, solicito se corra traslado de la demanda al Congreso del Perú, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 107, inciso 4 del Código Procesal Constitucional.

SEGUNDO OTROSI DIGO: que, adjunto a la presente demanda los siguientes anexos:

Anexo N° 01: Certificación del acuerdo de fecha adoptado en la Junta Directiva del Colegio de Abogado de Cajamarca.

Anexo N° 02: Certificación de la representación otorgada al Decano del Colegio de Abogados de Cajamarca.

Cajamarca, diciembre de 2013.

4.2. OPINIÓN DE FISCALES DE LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE CAJAMARCA, RESPECTO DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

De un Universo de **30 fiscales**, se aplicó la encuesta a una muestra correspondiente al **23%**⁷⁶, con la finalidad de conocer cuál es la opinión respecto de la Acción de Inconstitucionalidad, en relación al Art. 425, inciso 3, literal b), contenido en el Código Procesal Penal de 2004, que se encuentra vigente, para tal efecto se les hizo conocer las conclusiones a las cuales hemos arribado. Obteniendo el siguiente resultado:

- De 7 (**100%**) fiscales, un **43 % (3 fiscales)**, emitieron su opinión en el sentido que no procedería formular la Acción de Inconstitucionalidad, siendo el factor común, en su criterio de que el artículo materia de investigación expresa que: no se limita ni se impide que el sentenciado absuelto que es condenado en segunda instancia pueda recurrir vía recurso de Casación, conforme al Artículo 427° del Código Procesal Penal.

- Asimismo, un **57% (4 fiscales)** consideran que resulta adecuado plantear la Acción de Inconstitucionalidad, siendo de criterio más relevante el que postula la posibilidad de su realización recaer en el Fiscal de la Nación como representante máximo del Ministerio Público, tal y como lo faculta el Artículo 203° de Nuestra Constitución.

En tal sentido, la mayoría de fiscales defensores de la legalidad y dedicados a la persecución penal, coinciden con nuestras conclusiones, agregando que el más indicado para la presentación de la Demanda de Inconstitucionalidad debería ser el señor Fiscal de la Nación, sin embargo, el porcentaje restante no coincide con nuestras conclusiones.

⁷⁶ Las encuestas se aplicaron el día: 18 de diciembre de 2013, se acompañan como anexos en la presente investigación.

CONCLUSIONES.

1. Si un procesado, ha sido declarado inocente en primera instancia, en segunda instancia puede ser condenado, por apelación del representante del Ministerio Público -fiscal- el mismo que no estuvo conforme con el fallo de primera instancia, es decir, el fallo en segunda instancia constituiría cosa juzgada, en consecuencia, al procesado se le estaría vulnerando el derecho de apelar la sentencia en “segunda instancia” ya que él en ningún momento ejercitó tal derecho (recurrir la sentencia que le causa agravio), en este orden de ideas, se estaría vulnerado el derecho de pluralidad de instancia, como elemento consustancial del derecho a un Debido Proceso.
2. Existe la exigencia jurídica, que para ejecutar una pena se necesita una doble conformidad, y, en el caso del artículo 425. inciso 3. literal b., del Código Procesal Penal, niega al sentenciado hacer uso de un recurso sencillo y sin restricción alguna, y de esta manera poder contradecir el fallo que le causa agravio, contradiciendo de esta manera la orientación acusatorio garantista que pregonan el sistema procesal penal vigente, al no garantizar la doble instancia.
3. El derecho a la pluralidad de instancia, no sólo tiene el respaldo o se encuentra reconocido en nuestra Carta Magna, sino que se encuentra, regulado en Instrumentos Internacionales del cual el Perú es parte, y, que en mérito a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, la cual señala que las normas relativas a los derechos y libertades se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

SUGERENCIAS

Frente a dicha realidad, una vez concluida la presente investigación, se presentan las siguientes sugerencias, para superar la situación problemática anotada, de las que se citan las más importantes:

1. Sugerir al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, así como a la Presidenta de la Junta de Fiscales Superiores del distrito Fiscal de Cajamarca, organizar cursos de capacitación, relacionado a la interpretación jurídica, con la finalidad de inaplicar normas que atentan contra la Constitución, tomando como ejemplo la condena del sentenciado absuelto según el Código Procesal Penal de 2004.
2. Sugerir al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Cajamarca, la realización de diferentes eventos académicos, como son: Seminarios, Talleres, Foros, etc., con la participación de Magistrados, Abogados, estudiantes de Derecho; con la finalidad de debatir, la institución del Condenado Absuelto, establecida y vigente en el inciso 3, literal b, del artículo 425 del Código Procesal Penal de 2004.
3. Sugerir al Decano del Colegio de Abogados de Cajamarca, se sirva autorizar con su firma y dándole el trámite que corresponde a la Demanda de Inconstitucionalidad, proyectada por el investigador, contra el artículo 425 inciso 3 literal b, del Código Procesal Penal de 2004, que a tal efecto se le hará llegar formalmente.

PROPUESTA

Hacer llegar al Decano Colegio de Abogados de Cajamarca, la Demanda de Inconstitucionalidad, producto de la presente investigación a fin de que se inicie el respectivo trámite en los órganos jurisdiccionales correspondientes.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

APELACIÓN:

Etimológicamente la palabra apelación deriva de la voz latina appellatio, que quiere decir citación o llamamiento, y cuya raíz es apello y appellare, habiendo conservado su origen en la mayoría de idiomas. Así en francés se dice appel, en inglés appeal, en italiano appello, en alemán appellatio, en portugués appellacao. (JERÍ 2002, 77)

CIENCIA:

(lat. Scientia): Del latín scientia, de scire, saber. Es la actividad humana que produce un tipo de conocimiento racional, que tiene por objeto un saber sistemático, capaz de expresar en teorías cuya verdad o falsedad puede ser reconocida por la comunidad científica. (TANTELEAN 2009, 160)

CONOCIMIENTO:

Es la aproximación infinita, del pensamiento al objeto. El reflejo de la naturaleza en el pensamiento del hombre debe ser entendido no en forma inerte y no en forma abstracta, no carente de movimiento, no carente de contradicciones, sino en el eterno proceso de movimiento, en el surgimiento de las contradicciones y de su evolución. (MIYASATO 1989, 32)

CONSTITUCIÓN:

Pueden enfocarse desde perspectivas diferentes. La más extendida considera la constitución de un determinado Estado en sentido formal. Se habla de ella como ley máxima, la norma suprema del ordenamiento jurídico, inspiradora y definidora de los principios que regirán el desarrollo de las leyes y, en general, la actuación de los poderes públicos. (Océano 1990, p. 536)

DERECHO:

Se entiende por derecho desde un punto de vista objetivo y subjetivo, pues nos aproximará a definir esta palabra en toda su dimensión, es decir, englobando ambas particularidades. (...) en derecho objetivo es el conjunto de normas que ordenan o prohíben hacer algo o llevar a cabo determinada conducta (...) pero el derecho no sólo es eso; también tiene aspecto instrumental (de servicio a los ciudadanos). En tal caso el Derecho nos ayuda a lograr nuestros deseos (...) se entiende por derecho, el conjunto de leyes, preceptos y reglas a que están sometidos los hombres en su vida social. (Océano p. 530)

DOBLE INSTANCIA

Señala el Tribunal Constitucional “garantiza que en la dilucidación de una controversia planteada en sede judicial, exista una estructura jurisdiccional que, cuando menos se encuentre organizada en una doble instancia, y para cuyo acceso se prevean los medios impugnatorios que correspondan”. (Expedientes. Nos. 6149 - 2006-PA/TC y 6662- 2006- PA/, Lima, 11 de diciembre de 2006)

DERECHO PROCESAL PENAL

El Derecho Procesal Penal, es una disciplina jurídica de derecho público que tiene autonomía científica, legislativa y también académica, que se sustenta en principios fundamentales del derecho y de aquellos que regulan los derechos humanos, con objetivos y funciones predeterminados, que estudia, no solo los actos para acceder a la justicia penal y los que conforman el procedimiento para la comprobación del ilícito y la responsabilidad del autor limitando el poder punitivo del Estado y la aplicación del *Jus puniendi*, sino que también la organización judicial penal y la forma de intervención de los sujetos procesales. (SÁNCHEZ 2009, 37 y 38)

LISTA DE REFERENCIAS

1. Academia de La Magistratura, Código Procesal Penal, Manuales Operativos, 1ª. Edición, Editorial Súper Gráfica, Lima – Perú, 2007.
2. Academia de la Magistratura, Código Procesal Penal Manual Operativos, Editorial Súper Gráfica EIRL, Lima, Perú, 2007, pp. 19-20.
3. Academia de La Magistratura, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 1ª. Edición, Editorial FIMART, Lima – Perú, 2004.
4. Academia de La Magistratura, Derechos Internacionales Derechos Humanos, Primera Edición, Lima, 2004, 183 – 184.
5. Alexy, Robert. Teoría de los Derechos fundamentales. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 249.
6. Asencio Mellado, José María. Derecho Procesal Penal, 4ta Edición, Tirano lo Blanch, Valencia, 2008. P. 220.
7. Bacigalupo, Enrique, Cuestiones actuales del jurado. Dykinson, Madrid, 2004, p. 22.
8. Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio Lecciones de derecho penal. Parte General. Barcelona España: Praxis, 1996, pág.2 LARENZ Karl. Metodología de la Ciencia del derecho. Barcelona – España: Ariel, traducción de la cuarta edición alemana, 1979, pág. 339.
9. Binder, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad Hoc, 2º edición, Buenos Aires, 2004.
10. Binder Alberto, Introducción Al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires – Argentina: Ad – hoc, 1993, pág.61.
11. Binder Alberto M. Introducción al Derecho Procesal Penal, 2da. Edición. 3ra. Reimp. Ad Hoc Buenos Aires, Enero 2004.pp. 286-287.
12. Burgos Alfaro José, Crítica al Nuevo Proceso Penal, 1ra. Edición, Editorial Grijley, Trujillo-Perú, 2009.
13. Cáceres Roberto y Ronal Iparraguirre, Código Procesal Penal Comentado, Edición actualizada, Jurista Editores, Lima Perú, 2007.
14. Cáceres Roberto, Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal, 1ra. Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima Perú, 2009.

15. Carnelutti, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. Tomo 1, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa — América, Buenos Aires, 1971.
16. Caro Coria, Dino Carlos, El principio de ne bis in idem en la Jurisprudencia del tribunal constitucional, en problemas actuales de derecho Penal y procesal Penal. Materiales de la maestría en derecho penal de la Universidad Católica del Perú, Lima 2006, p.24.
17. Carocca Pérez, Alex, Manual del Nuevo Sistema Procesal Penal, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, p. 270.
18. Código Procesal Penal, Manuales Operativos, Editorial Super Grafica E.I.R.L, Primera Edición, Lima, Pg 24.
19. Corte Interamericana De Derechos Humanos, caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004.
20. Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva N° 10.
21. Carrara. Francesco; Programa del Curso del Derecho Criminal: Tu: Bogotá-Colombia; Editorial THEMIS; 1976.
22. Catacora Gonzales, Manuel, La Instrucción y la Investigación Fiscal en el Proceso Penal Peruano. En Revista peruana de ciencias penales, N° 2, julio – diciembre de 1993.
23. Couture, citado por DE LA CRUZ ESPEJO, Marco: Manual de Derecho Procesal Penal: Lima - Perú; Edit. FECAT EIRE: 1996.
24. Cubas Villanueva, Víctor, El Nuevo Proceso Penal Peruano, Palestra Editores, Primera Edición, julio 2009, p 26 y27.
25. Cubas Villanueva, Víctor. El Nuevo Proceso Penal Peruano: Teoría y Práctica de su implementación”. 1° Edición, Palestra Editores. Lima, 2009, pp 31 y 32.
26. Del Valle Randich, Luis, Derecho Procesal Penal. Tomo II, Editorial Pérez Pacussich, Lima, 1969, p. 177.
27. Devis Echandia, Hernando, Teoría General del Proceso, tomo II. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, p.515.
28. Díaz Revorio, Javier. 2003. La Interpretación constitucional de la Ley, Lima: Palestra, p. 48
29. Enciclopedia Autodidáctica Océano, Editorial Océano, Tomo: II, Colombia, 1990.
30. Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy. El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los alcances hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular. En

- Cuadernos Jurisdiccionales, Asociación Civil No Hay Derecho. Ediciones legales SAC. Lima, abril 2000. p. 42.
31. Fairen Guillen, Víctor, Doctrina General del derecho Procesal. Editorial Bosch. Barcelona. 1990. p.479.
 32. Fernández Maldonado. Guillermo Los Tratados Internacionales y los sistemas de Fuentes de Derecho en el Perú, en: Derecho, Lima. n° 43-44, 1989-1990, p. 353.
 33. Florián, Eugenio: Principios del Derecho Procesal Penal; Turín Argentina; 1927; pág. 27.
 34. Frisancho Aparicio, Manuel, Manual Para la Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal; Editorial RODHAS, 1° Edición, setiembre, Lima, 2009, pg. 314 y 315.
 35. Gaceta Jurídica, El proceso Penal en su Jurisprudencia, 1ra. Edición, Lima Perú, 2008.
 36. Gaceta Jurídica, Diccionario Penal Jurisprudencial, 1ra, edición, Lima Perú.
 37. García del Rio, Flavio. Los recursos en el proceso penal. Ediciones Legales S.A.C. Lima, 2002. p.10.
 38. Gimeno Sendra, Vicente, Derecho Procesal Penal, Colex, Madrid, 2004. p. 710.
 39. Gómez Colomer, Juan-Luis. La Instrucción del proceso penal por el Ministerio fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° 1, Lima, 1997, p.338.
 40. Gómez Colomer Juan Luis, El Proceso Penal Español. Para no juristas. Valencia-España: Tirant lo Blanch, 1992, pág. 39.
 41. Guastini Riccardo. Distinguiendo. Estudios de teoría y Metateoría del Derecho. Gedisa, Barcelona, 1999, p.181.
 42. Guastini, Ricardo, 1999. Estudios sobre interpretación jurídica. México DF.: UNAM, p.11.
 43. Horvitz Lennon María Inés y López Masle Julian, Derecho Procesal Penal T.II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, páginas 358-359.
 44. http://www.monografias.Com/trabajos_74/interpretación, (consultada 02 de marzo 2009).
 45. <http://www.tc.expedientesdejurisprudencia>. Perú, (consultada 01, 02, 03 enero-2010).
 46. <http://www.cs.expedientes-corte-suprema>, (consultada 07, 08, 09, enero-2010).
 47. <http://www.corteinteramericana dederechos humanos, sentencias>, (consultada 1 de febrero de 2010).
 48. <http://www.pidcyp-resoluciones>, (consultada 05 de febrero de 2010).

49. Iberico Castañeda, Fernando, Manual de Impugnación y Recursos en el Nuevo Modelo Procesal Penal. En: Código Procesal Penal. Manuales operativos, Academia de la Magistratura, Lima, 2007.
50. Iberico Castañeda, Luis Fernando. Curso Nuevo Código procesal Penal, impartido por la Academia de la Magistratura, p. 188.
51. Iberico Castañeda, Fernando. Manual de Impugnación y Recursos En El Nuevo Modelo Procesal Penal. En: Código Procesal Penal. Manuales operativos, Academia de la Magistratura, Lima, 2007, p. 81 y ss.
52. Hinojosa Mínguez, Alberto, Medios Impugnatorios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999. P. 338-339.
53. Hitters, Juan Carlos, Técnica de los recursos Ordinarios, 2ª. Ed. Librería Editora Platense. La Plata-Argentina, 2004, P.31-35.
54. Lecca Guillen, citado por De La Cruz Espejo, op. cit. pág. 10.
55. Levene. Ricardo: Manual de Derecho Procesal Penal: Buenos Aires - Argentina: Edlt. Plus Ultra; 3ra. Edic.:1953.
56. Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento, de Rafael De Asis Roig. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995. Pág.25 ss.
57. Jerí Cisneros, Julián Genaro. Teoría general de la impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no haber lugar a la apertura de instrucción por el agraviado. Tesis para optar el grado de Magister en Ciencias Penales, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2002. Pg. 87.
58. López Guerra Luis. Introducción al Derecho Constitucional. Valencia – España: Tiran Lo Blanch, 1994, pág., 17.
59. Ministerio De Justicia, Código Procesal Penal, Segundo Edición Oficial, colección Jurídica, Lima, 2008.
60. Mair, Julio B.J. Derecho procesal Penal. Tomo I. fundamentos. 2da. Edición 2da. Reimp. Editorial del Puerto SRL. Buenos Aires, 2002, pp.705-707
61. Mair, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Fundamentos 1ra Edición, Editorial del Puerto SRL. Buenos Aires. 2003. p.506.
62. Maier, Julio B.J, Derecho Procesal Penal. 2da. Edición. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pg.168.

63. Maurach, Reinhart – ZIPF, Heinz. Derecho penal, Parte General 1. Fundamentos generales del derecho penal y estructura del hecho Punible, Buenos Aires Argentina: ASTREA, Traducción de la Séptima edición alemana, 1994, pág. 8.
64. Median Pabon, Juan Enrique, Derecho Civil, Aproximación Al Derecho. Derecho de Personas. Centro Editorial de la Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p.86.
65. Medina, Cecilia. La Interpretación de los Tratados de Derechos Humanos. En: La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos. Guía para la Aplicación de Normas Internacionales en el Derecho Interno. Washington DC. Banco Interamericano de Desarrollo – American University, 1999, pp. 54-55.
66. Ministerio de Justicia, Compendio Legislación Constitucional, Editora Perú, Lima, 2008.
67. Miranda Manuel, Víctor Prado y Otros, Comentarios Al Nuevo Código Procesal Penal, 1ra. Edición, Ara Editores, Lima, 2009.
68. Miyasato Sánchez, Cesar, El Proceso de Investigación Científica, Ministerio de Educación, Cajamarca, 1989.
69. Mixan Mass, Florencio, Derecho Procesal Penal, Lima Perú, edit. Ediciones jurídicas 1984, 0g. 10.
70. Monroy Gálvez, Juan. Los medios impugnativos en el Código Procesal Civil, En: Ius et veritas. Año III, N° 05, Lima, 1992, p.25.
71. Montero Aroca, Juan. Principios del Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 180.
72. Ore guardia, Arsenio, Manual de derecho Procesal Penal, T. 1, Editorial Reforma, 1ra. Edición, diciembre de 2011, p159-160.
73. Ore Guardia, Arsenio, Manual de Derecho Procesal Penal, alternativas, Lima, 1996, p.402.
74. Ortells Ramos, Manuel, Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal, T. III, con otros autores, Bosch, 1994.
75. Peña Cabrera, Alonso, El Nuevo Proceso Penal Peruano, 1ra. Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
76. Peces Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General Universal. Carlos II de Madrid, 1999, p.37.
77. Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. Los Principios Generales del Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004. P. 45.
78. Pico i junoy, JOAN. Garantías Constitucionales del Proceso, Bosh editor, Barcelona, p. 70.

79. Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, 1ra., edición en castellano, Buenos Aires, 2000.
80. Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000.P. 446.
81. Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000, pp. 444-445.
82. Roxin, Claus – ARTZ, GUNTER -TIEDEMANN Klaus Introducción al Derecho Penal y al Derecho procesal Penal. Barcelona- España: Ariel, Traducción de la segunda edición alemana, 1989, pág.140.
83. Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, 1ra., Edición en castellano, Buenos Aires, 2000, p. 466.
84. Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000, p. 456.
85. Ríos, Ramón Teodoro, Influencia de los Principios acusatorio y de legalidad en la impugnación Penal, en Revista de Derecho Procesal Penal 3: Medios de Impugnación Recurso II. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. 1999, pp. 380-382.
86. Rubianes, Carlos J.: Derecho Procesal Penal; Bs. Aires - Argentina; Edlt. Depalma. T.I; 1983.
87. Rubianes, Carlos J.: Derecho Procesal Penal; Bs. Aires - Argentina; Edlt. Depalma. T.I; 1983: pág. 110.
88. Rubio Correa, Marcial. Estudio la Constitución Política de 1993. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, Tesis Doctoral, 1997, vol. III. p. 133.
89. Sánchez Velarde, Pablo. Manual de derecho Procesal Penal. Idemsa, Lima, mayo de 2004.p.187.
90. Sánchez Velarde, Pablo, El Nuevo Proceso Penal, Lima- Perú, Editorial Moreno S.A, Abril, 2009, págs. 37 y 38.
91. San Martín Castro. Cèsar, Derecho Procesal Penal. Tomo II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 932, 933.
92. San Martín Castro, César, Derecho Procesal Penal, Vol. II, Edit. Grijley, Lima, 1999, p. 767-674
93. Schmidt Eberhart Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal, Edit. Bibliográfica Argentina, buenos Aires, 1957. Pág. 189 y ss.

94. Tantalean Odar, Christian Fernando, El Origen Ontológico del Derecho, Primera Edición, Editorial San Agustín, Cajamarca, 2009.
95. Tawil, Guido Santiago, Recurso de Apelación Ante La Corte Suprema De Justicia. De Palma Buenos Aires, 1990, p. 40.
96. Thaman, Stephen C., “La dicotomía acusatorio- inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos”. En: Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de Derecho Comparado. Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett (compiladores), Universidad Externado de Colombia, 2005.
97. Tiedemann, Klaus, Constitución y Derecho penal, en revista española de derecho constitucional, N° 33. Madrid – España: 1991, Pág.157.
98. Urquiza Olaechea, José, “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia” Editorial Moreno, Primera Edición, T. III, Lima, 2011, pp. 750-754.
99. Vélez Mariconde. Alfredo; Principios Fundamentales del Proceso Penal, según el Código de Córdoba: Bs.Aires- Argentina: 1942.
100. Vescovi, Enrique, Los recursos judiciales y los demás medios impugnatorios en Iberoamérica. Ediciones Depalma, 1988.p. 12.
101. Vilela Carvajal, Karla, La Cosa Juzgada y la nulidad de una sentencia firme, en revista de Derecho, Vol. 6, 2005, Universidad de Piura. P 141 y ss.
102. Witker Jorge, Rogelio Larios, Metodología Jurídica, Mc. Hill, México D.F. 1997.

ANEXOS

ANEXO 01

EXPEDIENTE N° 2007-00008-41-1308-JR-PE-1

DERIVÓ EN LA CONDENA
DEL DOBLEMENTE ABSUELTO EN
LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA

Tomado de: NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente, “La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación”, Editorial Iustitia S.A.C, Lima, 2013.

ANEXO 02

CASO N° 442-2011

DERIVÓ EN LA CONDENA

DEL ABSUELTO EN

LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CHICLAYO

Tomado de: NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente, “La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación”, Editorial Iustitia S.A.C, Lima, 2013.

ANEXO 03

CASO N° 11.618

OSCAR ALBERTO MOHAMED

ARGENTINA

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Tomado de: NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente, “La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación”, Editorial Iustitia S.A.C, Lima, 2013.

ANEXO 04
CONSULTA N° 2491-2010- AREQUIPA

SALA DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

ANEXO 05

ENCUESTA

**OPINION DE FISCALES DE LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA FISCALÍA
PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE CAJAMARCA, RESPECTO A LA
DEMANDA DE INCONTITUICONALIDAD.**

(Aplicada el día: 18 de diciembre de 2013)