

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**LA CONDENA DEL ABSUELTO Y EL DERECHO A LA
PLURALIDAD DE INSTANCIA EN LAS SENTENCIAS DE
LA CORTE SUPREMA PERUANA**
(2009 – 2019)

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

TESISTAS:

Bach. NUÑEZ SARMIENTO, Luz Alenka

Bach. VILCAPOMA SUAREZ, Erlinda Diana

ASESOR:

Mg. AGUIRRE ANTONIO, Luis Iván

HUÁNUCO – PERÚ

2019

DEDICATORIA

*A nuestros padres, por el esfuerzo y la
confianza en estos años de estudio y
preparación.*

*los estudiantes y miembros de los Círculo de
Estudios e Investigación “Iuris Prudens” y
“Libertas Capitur” de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional Hermilio
Valdizán, amigos quienes siempre han
contribuido en nuestra formación personal y
académica; propiciando momentos y espacios
que guardan los más gratos recuerdos y las
más sufridas luchas de nuestra vida
universitaria.*

AGRADECIMIENTO

Agradecemos infinitamente al Dr. Luis Iván Aguirre Antonio, maestro y amigo, por la guía y orientación constante en este largo camino de investigación.

Agradecemos de manera especial al profesor Jim Ramírez, amigo y asesor del Grupo de Estudios e Investigación “Carlos Santiago Nino”, quien, a través de las sesiones de estudio, nos ha guiado en el conocimiento del derecho y ha contribuido significativamente en la redacción de este trabajo. Muchas gracias profesor.

RESUMEN

La presente investigación es el resultado de un trabajo que abordó el estudio de los fundamentos, antecedentes y la descripción normativa de la figura procesal conocida como condena del absuelto en el marco del proceso penal peruano, en relación al derecho fundamental de la pluralidad de instancia. Es así que se analizan figuras y conceptos procesales que ayudan a esbozar un análisis crítico de la interpretación en torno a esta figura.

Para alcanzar los objetivos que se delimitaron en la presente investigación, se desarrolló un método de investigación según el enfoque cualitativo, dado que el problema de nuestra investigación no correspondía a un fenómeno natural o socialmente medible, sino al análisis de una figura procesal que versa sobre la condena de un absuelto en primera instancia.

Se utilizó el nivel de investigación descriptivo – explicativo, en razón de que no solo se analizó y describió el fenómeno estudiado, sino que también se trató de responder a las causas y condiciones; el tipo de investigación es básico.

El fundamento metodológico de la presente investigación consiste en el análisis de ordenamiento jurídico peruano que regula la figura procesal de la condena del absuelto, por lo que, en la presente investigación se buscó responder a la pregunta si era posible aplicar esta figura–contemplada en los artículos 419.2 y 425.3.b del Código Procesal Penal– conforme la actual redacción, sin que ello suponga la vulneración del derecho a la pluralidad de instancia, como de ningún otro derecho de las partes procesales.

Finalmente, se llegó a la conclusión de que sí es posible aplicar la condena del absuelto, y con ello hacer de ésta una institución eficaz y útil al proceso penal peruano, a favor de todas las partes intervinientes.

Palabras clave: Recurso de apelación / doble instancia / doble conforme / derechos fundamentales / condena / interpretación.

ABSTRACT

The present investigation is the result of a work that addressed the study of the fundamentals, background and the normative description of the procedural figure known as conviction of the acquitted, within the framework of the Peruvian criminal process, in relation to the fundamental right of the plurality of instance. Thus, procedural figures and concepts are analyzed that help to outline a critical analysis of the interpretation around this figure.

To achieve the objectives that were defined in the present investigation, it was adopted by developing a research method according to the qualitative approach, since the problem of our investigation did not correspond to a natural or socially measurable phenomenon, but to the analysis of a procedural figure that It is about condemning an acquitted in the first instance.

The level of descriptive - explanatory research was used, because it was not only analyzed and described the phenomenon studied, but also tried to respond to the causes and conditions; The type of research is basic.

The methodological basis of the present investigation is the analysis of Peruvian legal system that regulates the procedural figure, so the present investigation sought to answer the question if it was possible to apply the procedural figure of the conviction of the acquitted - contemplated in articles 419.2 and 425.3.b of the Criminal Procedure Code - in accordance with the current wording, without implying any violation of any rights of the accused.

Finally, it was concluded that it is possible to apply the conviction of the acquitted, and thereby make it an effective and useful institution to the Peruvian criminal process, in favor of all parties involved.

Keywords: Conviction of the acquitted, plurality of instance, appeal, double instance, double compliant, appeal.

INDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT.....	v
INDICE.....	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. MARCO TEÓRICO.....	5
1.1. Antecedentes.....	5
1.1.1. A nivel internacional.....	5
1.1.2. A nivel nacional.....	5
1.2. Investigación bibliográfica.....	11
1.2.1. Proceso: concepto a partir del enfoque del formalismo-valorativo	11
1.2.2. Instancia.....	17
1.2.3. Pluralidad de instancia.....	17
1.2.4. Doble conforme	28
1.2.5. La Apelación.....	33
1.2.6. Apuntes sobre la adopción de un modelo de apelación más pleno.....	47
1.2.7. Condena del Absuelto.....	51
1.2.8. Posición de la Corte IDH.....	58
1.2.9. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]	61
1.2.10. Pronunciamientos de la Corte Suprema.....	63
1.2.11. Una solución viable a través de la interpretación	74
1.2.12. Fundamentos para una nueva interpretación del derecho a la pluralidad	78
1.3. Objetivos.....	88
1.3.1. Objetivo general.....	88
1.3.2. Objetivos específicos	88
1.4. Ámbito, población y muestra.....	89
1.4.1. Determinación del ámbito.....	89

1.4.2. Población.....	89
1.4.3. Selección de la muestra.....	90
CAPITULO II. MARCO METODOLÓGICO	91
2.1. Método de investigación.....	91
2.2. Técnicas e instrumentos.....	91
2.3. Procedimiento	92
CAPITULO III. DISCUSIÓN DE RESULTADOS	95
CONCLUSIONES	99
RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS	101
BIBLIOGRAFÍA	102
NOTA BIOGRÁFICA.....	109
ANEXOS	110
ANEXO I. PROYECTO DE TESIS	111
ANEXO II. JURISPRUDENCIA	119

INTRODUCCIÓN

La investigación titulada “La condena del absuelto y el derecho a la pluralidad de instancia en las sentencias de la Corte Suprema peruana (2009 – 2019)” se elaboró por la necesidad de contar con un trabajo de investigación que no solo visibilice la problemática respecto a la aplicación de la figura procesal de la condena del absuelto, sino que brinde una alternativa de solución en base a lo ya contenido en el Código Procesal Penal.

El objetivo principal de la presente investigación consistió en comprobar que la figura de la condena del absuelto en el proceso penal peruano puede ser aplicada sin vulnerar el derecho a la pluralidad de instancia. Asimismo, se pretendió alcanzar otros objetivos como: *a)* Explicar que la aplicación de la condena del absuelto no vulnera derechos de carácter constitucional de ninguna de las partes procesales, *b)* Analizar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en torno a la pluralidad de instancia, y, a partir de ellas, examinar y delimitar el contenido del derecho a la pluralidad de instancia, en su relación con la condena del absuelto, *c)* Comprobar que la actual redacción de la condena de absuelto es suficiente para poder aplicarse sin ninguna modificación, *d)* Establecer un criterio de interpretación que haga posible aplicar la figura procesal estudiada.

La importancia del estudio, análisis e interpretación de la condena del absuelto, bajo la redacción del Código Procesal Penal, recae en la necesidad de darle vida a una figura que se ha tornado ineficaz en la práctica forense, pese a encontrarse regulada en el texto normativo; generando con ello, ferviente debate sobre la posibilidad de aplicarla o no en el proceso penal peruano. Y es que la Corte Suprema ha emitido

pronunciamientos que no terminan de cerrar la incertidumbre respecto a la posibilidad de su aplicación.

Considerando los criterios proporcionados por Sampieri (2014), en la presente investigación, se esbozarán ideas que puedan ayudar a finalizar el todavía debate vigente sobre la posibilidad de aplicar la figura procesal de la condena del absuelto, lo cual es conveniente por cuanto éste tema lleva pendiente más de una década sin conclusiones convincentes, perjudicando a una cantidad considerable de procesados, quienes no pueden alcanzar un estado de certeza jurídica, por cuanto no se encuentra en la actualidad un criterio uniforme sobre la posibilidad de aplicar la condena del absuelto, dado que existe una creencia generalizada que la figura vulneraría derechos de los procesados, tales como la pluralidad de instancia, derecho de defensa; lo cual acarrea como consecuencia, que la figura si bien sea válida, no sea eficaz.

En ese sentido, esta investigación se justifica por cuanto busca hallar una solución que permita –en principio– la aplicación de una figura procesal, y a su vez, establezca la importancia de interpretar el proceso penal peruano a la luz de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la pluralidad de instancia, igualdad procesal y derecho al plazo razonable; beneficiando a los sujetos que se encuentran en el marco de un proceso penal.

A través de la presente investigación, se pretende demostrar la posibilidad de aplicar la figura de la condena del absuelto, con los parámetros que en la actualidad rigen en el Código Procesal Penal vigente; sin que ello suponga una vulneración del derecho a la pluralidad de instancia ni tampoco del derecho a impugnar (contenido en el literal h del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos), conforme se ha venido indicando en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de

la República, para ello, se propondrá un análisis del derecho a la pluralidad de la instancia que evidencie la relación existente entre ésta y la figura de la condena del absuelto en el derecho procesal penal.

Para poder responder las interrogantes planteadas en el marco de la presente investigación, y para lograr desarrollar los objetivos propuestos, este trabajo se ha dividido en cuatro capítulos, que abarcan el desarrollo de los criterios metodológicos y conceptuales del tema; los cuales, en una lectura holística, ayudarán a construir argumentos, que también brindarán el soporte necesario para arribar a las conclusiones y recomendaciones sobre el tema.

En ese sentido, en el Capítulo I, se realizará la descripción del problema de investigación que, a su vez, desarrollarán apartados de vital importancia que fundamentan y justifican la presente investigación, precisándose los objetivos generales y específicos que perseguimos.

En el Capítulo II se desarrollará el marco teórico, en el que se explicarán las definiciones conceptuales claves de esta investigación, estas son: la condena del absuelto y la pluralidad de instancia. A partir de ellas, será necesario analizar conceptos que llenan de contenido a las mismas, tales como: proceso, apelación, doble conforme, instancia, doble instancia, entre otros. Asimismo, se abordará un breve examen de costo-beneficio del derecho a la pluralidad de instancia como doble conforme.

Continuaremos en el Capítulo III, donde se detallarán los aspectos metodológicos de la investigación, describiéndose, por tanto, el método, tipo, nivel y diseño de investigación que se adoptará, en relación a las características y finalidades que persigue esta investigación. Asimismo, en este apartado, se estudiarán y

sistematizarán dieciocho sentencias en casación emitidas por la Corte Suprema de la República, en las cuales se evidenciará las ocasiones en que el Tribunal Supremo se ha mostrado en contra de la condena del absuelto es a consecuencia de haber interpretado el derecho a la pluralidad de instancia como doble conforme y no como doble instancia.

Culminando con el proceso de exposición de contenido, se llegará al Capítulo IV, en la que se realizará un análisis y construcción de discursos en base a lo expuesto en los capítulos precedentes, es decir, se sistematizarán los resultados obtenidos de la investigación, presentándose a su vez las conclusiones arribadas y sugerencias realizadas en relación al objeto de estudio. Asimismo, se enumeran las referencias bibliográficas que sirvieron para la construcción de este trabajo de investigación, las mismas que son valiosas en su contenido.

Finalmente, ningún análisis ha de estar completo si es que no se realiza en base a la cultura jurídica de la que parte, es en ese sentido, que la investigación se desarrolla no solo en base a los textos normativos que contienen la figura procesal estudiada, sino también en base a la jurisprudencia y a la doctrina, que ayudan a ampliar los conocimientos que se pueda tener sobre el tema.

CAPITULO I. MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes

1.1.1. A nivel internacional

De la búsqueda realizada sobre nuestro tema de investigación, en servidores web y en repositorios de ciertas universidades extranjeras, si bien se encontraron figuras procesales parecidas a la condena del absuelto; se debe indicar, que específicamente sobre el tema tratado, no se encontró estudio realizado a nivel internacional.

1.1.2. A nivel nacional

Advertimos que a nivel nacional son numerosas las investigaciones que se han realizado a nivel nacional en torno a la figura procesal de la condena del absuelto; por esta razón, a continuación, se presenta una sistematización de las mismas, describiendo los principales aportes de cada trabajo de investigación. Veamos: [enumeración realizada por orden cronológico]

- a) **Villasante, N. & Yupanqui, M.** (2011). *La condena del absuelto en el Código Procesal Penal 2004* (tesis de maestría). Universidad Nacional de San Marcos. Lima. Estudio en el que se llega a la conclusión de que en nuestro orden jurídico no existe lesión alguna de garantías procesales generada por la posibilidad de condenar en segunda instancia al procesado previamente absuelto, siempre y cuando se respete la inmediación, oralidad y el contradictorio (audiencia de apelación).
- b) **Sánchez, A. & Rojas, S.** (2012). *La violación a la garantía de la pluralidad de instancia que ocasiona el artículo 425 inciso 5 del Código Procesal Penal en el caso de la condena del absuelto.* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo. En este trabajo de

investigación se postuló que el condenado requiere que su condena y su pena sean revisadas en una “instancia” que analice las circunstancias en las que se suscitaron los hechos y se valore la prueba actuada en juicio, por lo que, el recurso de apelación es el medio impugnatorio que debe encontrarse al alcance de quien ha sido sancionado con una condena recién en segunda instancia, y no el recurso extraordinario de casación, porque éste último no brinda la protección al condenado.

- c) **Fernández, J. & Castillo, R.** (2014). *La Condena del Absuelto y el derecho al recurso según el artículo 425°, inciso 3, literal b del Código Procesal Penal en la ciudad de Chiclayo*. (Tesis de pregrado). Universidad Señor de Sipán. Lambayeque. Estudio que sostiene que, a la luz de una justicia eficaz y eficiente, la regulación de la condena del absuelto no concuerda con la normativa nacional e internacional, dado que la persona condenada por primera vez en segunda instancia, no tiene la posibilidad de que su fallo condenatorio sea revisado de manera integral.
- d) **Maco, D.** (2014). *Análisis y síntesis de la constitucionalidad de la figura de la condena del absuelto, y vulneración al principio de pluralidad de instancias, en concordancia con los artículos 419.2 y 425.3.b del Código Procesal Penal del año 2004*. (Tesis de pregrado). Universidad Católica de Santa María. Arequipa. En este trabajo se argumenta que el instituto de la condena del absuelto no vulnera los principios constitucionales, pero se precisa que la inviabilidad de recurrir esta sanción condenatoria sí ocasiona una infracción normativa constitucional como la pluralidad de grados jurisdiccionales, por cuanto, el recién condenado en segunda

instancia no tiene la oportunidad que la sentencia que le agravia pueda ser revisada en una vía ordinaria.

- e) **Balboa, C.** (2015). *La condena del absuelto en segunda instancia y la vulneración del principio de la pluralidad de instancias*. (Tesis de pregrado). Universidad Alas Peruanas. Arequipa. Investigación en la que se determina que la facultad concedida al superior jerárquico para condenar al absuelto contraviene los derechos previstos en los tratados internacionales, constitución política y el nuevo modelo procesal penal, vulnerándose los derechos a la doble revisión, impugnación, tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.
- f) **Espínola, H.** (2015). *Efectos de la condena del absuelto en aplicación de los arts. 419 inc.2 y 425 inc. 3 literal B del Código Procesal Penal del 2004*. (Tesis de maestría). Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo. En este estudio se concluye que la aplicación de los efectos de los artículos 419. 2 y 425.3 literal b del Código Procesal Penal vulnera los principios de igualdad de armas, imparcialidad, derecho de defensa, pluralidad de instancias e inmediación; precisándose que la segunda instancia no da lugar a un proceso autónomo (en el que se repita de manera íntegra y total el proceso penal), sino que se trata de la oportunidad prevista para que el superior jerárquico controle la corrección de la decisión adoptada en primera instancia.
- g) **Vera, F. & Soplapuco, Y.** (2017). *La Condena al absuelto en el Nuevo Código Procesal Penal. Periodo 2012-2014*. (Tesis de pregrado). Universidad Señor de Sipán. Chiclayo. Este trabajo considera que, en la condena del absuelto el condenado no puede recurrir al fallo ante una

instancia ordinaria, con lo cual se produce una vulneración de su derecho a la igualdad, recurrir al fallo, al debido proceso, a la defensa, entre otros; vulnerando los tratados internacionales al haberse dispuesto por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso Mohamed vs. Argentina, en la sentencia del 23 de noviembre de 2012. Se concluye indicando que es necesaria la discusión y regulación de la aplicación idónea de la condena al absuelto, con el fin de llegar a soluciones para los casos excepcionales que se presenten en el marco del art. 419 inc. 2 del Código Procesal Penal.

- h) **Guerrero, J.** (2017). *La Condena del imputado absuelto y el recurso de Casación Penal*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque. Investigación en la que se señala que la forma como actualmente se encuentra regulado la condena del absuelto afecta el derecho del condenado a la pluralidad de instancia y derecho de defensa, ya que no existe revisión integral por un tribunal superior; siendo que el recurso de casación no resulta aplicable pues no es equivalente a la apelación. Por lo que, se propone la presentación de un proyecto de ley que viabilice los recursos impugnatorios de la condena del absuelto.
- i) **Carlos, E. & Chávez, F.** (2018). *La condena del absuelto: Una propuesta para otorgarle la facultad de interponer un medio impugnatorio ordinario*. (Tesis de pregrado). Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Cajamarca. En este trabajo, se expone que el artículo 425.3.b) del NCPP vulnera el derecho a la pluralidad de instancia y debido proceso porque no se permite recurrir el fallo condenatorio de forma integral y amplia, no alcanzándose la doble conformidad judicial,

y creando así inseguridad jurídica en el resultado obtenido en segunda instancia, por lo que, se sostiene que para la revisión de la condena del absuelto, se debería adoptar el recurso de apelación, que se encontraría a cargo de la Sala Penal Superior o de una Sala Penal Liquidadora o una Sala Mixta de turno.

- j) **Morales, J. & Orillo, A.** (2018). *El recurso de casación y la garantía del derecho a un recurso amplio en los casos de condena del absuelto en el Código Procesal Penal de 2004.* (Tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo. En este estudio se consignó que el recurso de casación no es el recurso más idóneo para garantizar el derecho a un recurso más amplio en caso de condena al absuelto ya que es extraordinario, limitado e ineficiente; señalándose que debe incorporarse la posibilidad de que el condenado en segunda instancia se le conceda un recurso eficaz, amplio y ordinario para la revisión integral de la sentencia condenatoria.
- k) **Álvarez, C.** (2018). *Adecuación legislativa de la condena del absuelto conforme a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* (Tesis de pregrado). Universidad Cesar Vallejo. Lima. Estudio donde se fundamentó que la condena del absuelto es una institución que contraviene el debido proceso, por cuanto, se vulnera el derecho de recurrir al condenado en sala penal de apelaciones, vulnerando también tratados internacionales y garantías procesales respecto a la pluralidad de instancia, contraviniendo el nuevo modelo procesal acusatorio de tinte garantista.

- l) Castro, E.** (2018). *La condena del absuelto y la pluralidad de instancia* (Trabajo Académico para optar por el grado de segunda especialidad en Derecho). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. La investigación señala que el poder del juez de segunda instancia para revocar la sentencia de primera instancia, absolviendo o condenando, presenta un problema en relación al derecho a la pluralidad de instancia, en el que se reconoce que una condena pueda ser revisada por otro órgano jurisdiccional. Así, se plantea que, la posibilidad de revisión o reenjuiciamiento, no necesariamente estriba en que este sea superior ya que la pluralidad puede cumplirse cuando se interpone un recurso en forma horizontal denominado “súplica”, con en el que se buscaría la doble conforme, ya sea de absolución o condena. Razón por la que postula que, a fin de garantizarse la pluralidad de instancia mediante un medio de impugnación sería necesario implementarse el recurso de súplica para que esta pueda funcionar como un recurso de apelación.
- m) Nunuvero, L.** (2018). *La condena del absuelto y su reformulación a partir del derecho a la instancia plural.* (Tesis de pregrado). Universidad Autónoma del Perú. Lima. En esta investigación se indica que la aplicación de la condena del absuelto no genera por sí misma afectación de derechos, su aplicación se hace dañosa cuando no contiene a su vez un recurso impugnatorio ordinario que garantice una nueva revisión del fallo condenatorio, por lo que, se consigna como recomendaciones que el Congreso de la República apruebe un proyecto de ley que implemente un nuevo recurso ordinario impugnatorio para los condenados por primera vez en segunda instancia, garantizándose una revisión eficaz.

n) **Huamán, P.** (2019). *La condena del absuelto en la jurisprudencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en los años 2012-2016*. (Tesis de posgrado). Universidad San Martín de Porres. Lima. En la investigación se reconoce la utilidad de la condena del absuelto, empero se indica que existen dificultades para aplicarla, relacionadas a la vulneración de garantías como el debido proceso, considerando que la solución es una reforma legislativa del literal b), apartado 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal.

1.1.3. A nivel local

Ahora bien, de la búsqueda realizada a nivel local, no se ha encontrado un estudio realizado sobre el tema de investigación.

1.2. Investigación bibliográfica

Este apéndice nos ayuda a delimitar el contenido del esquema de investigación, ya que como indican Hernández, Fernández y Baptista (2010) induce al conocimiento existente, en una estrecha vinculación con el planteamiento del problema.

Es así que, con los conceptos claros, adoptaremos posición sobre el tema y brindaremos fundamentos que ayuden a establecer un punto de referencia y avalen la tesis planteada en este trabajo de investigación.

1.2.1. Proceso: concepto a partir del enfoque del formalismo-valorativo

Un punto fundamental dentro del desarrollo de nuestro marco teórico es el entendimiento del proceso, en ese sentido, y al ser este nuestro concepto base, adoptaremos la construcción teórica del profesor Álvaro de Oliveira (2007) denominada “formalismo-valorativo”, que entiende al proceso como fenómeno

cultural en base a determinados valores que estructuran la relación de las partes en el proceso, así como “promueven la influencia directa de los derechos fundamentales y de los principios básicos del Estado Constitucional” (Cavani, 2014, p. 42), y en ese mismo sentido, Rangel Dinamarco (2009) y Ariano Deho (2015) quienes, bajo la construcción teórica del profesor brasileño, apuestan por una concepción colaborativa del proceso, lo que implica entender al recurso de forma diferente al entendido en la actualidad, en el marco de un análisis de los derechos o garantías que se verían involucradas.

En ese sentido, es imposible hablar de un proceso si no se toma en cuenta a la cultura de la que parte. Y es que el profesor brasileño enfatiza que:

El proceso no se encuentra *in res natura*, es producto del hombre y, así, inevitablemente de su cultura. Ahora, hablar de cultura es hablar en valores, pues éstos no caen del cielo, ni son ahistóricos, dado que constituyen frutos de la experiencia, de la propia cultura humana, en suma. (De Oliveira, 2007, p. 132)

Por lo tanto, para el análisis de cualquier proceso, siempre debemos considerar la cultura en la que se desarrollará. Y es que la concepción de proceso que tengamos será importante para determinar los fundamentos y delinear los alcances que tenga. Asimismo, no debemos perder de vista que las especies de procedimiento siempre reflejan “en qué medida el Estado realmente respeta la personalidad y la libertad de sus ciudadanos y cómo son considerados el derecho y la justicia” (De Oliveira, 2007, p. 135).

La cultura y el proceso no pueden tener una lectura separada, porque la primera influye en el desarrollo de la segunda (y del derecho en general); inclusive se sabe que el factor cultural es tan determinante que, si el derecho no se adapta a los cambios que suscitan en la cultura, deja de tener repercusión en la vida social, ergo, se vuelve

ineficaz. No debemos olvidar el famoso corolario *ubi societas, ibi ius*, que dicta que donde hay sociedad, hay derecho, y no viceversa.

El proceso es la herramienta indispensable que tiene el Estado para lograr la justicia y la paz social, por ello, debe ser un espacio en el que confluyan no solo actores sino también medios que acrediten posiciones (pruebas) y argumentos que se discutan.

Más allá de ello, al igual que en cualquier juego colectivo, es determinante que exista permanente y fluida comunicación entre todos los que intervengan en el proceso; porque solo sintiéndose parte de un proceso dinámico, uno puede contribuir para arribar a mejores decisiones, e inclusive puede sumar esfuerzos para terminar más rápido el juego.

En este marco, se visibiliza la importancia de la cooperación en el proceso, y es que como indica Mitidiero (2009) la idea de un proceso cooperativo tiene como base la visión de un Estado que propicia “condiciones para la organización de una sociedad libre, justa y solidaria, dado que se encuentra fundado en la dignidad de la persona humana” (p. 132).

Finalmente, todo proceso cuenta con finalidad (es), dado que el proceso se realiza con una proyección. ¿Pero la noción de fin no se entrelaza con la de valor o valores que se pretenden alcanzar por medio del proceso?

La respuesta es afirmativa en la teoría del profesor De Oliveira (2007) quien afirma que la justicia material y la paz social son valores que están vinculados a los fines del proceso, y que la efectividad, seguridad y la organización interna justa del propio proceso son valores de carácter instrumental a los dos primeros.

Habiendo referido ello, De Oliveira (2007) enfatiza en la importancia de la efectividad y la seguridad como “valores esenciales para la configuración del proceso en tal o cual dirección, con miras a satisfacer determinadas finalidades” (p. 141).

Y serán aquellos valores, y toda la construcción jurídica hasta este punto desarrollado, los que serán analizados en el marco del proceso penal peruano en las siguientes líneas, ello buscando dar una respuesta al problema planteado en esta investigación.

1.2.1.1. El proceso penal

Es parte integrante del derecho público, y puede ser definido como “aquel sector del derecho procesal que regula los presupuestos, requisitos y efectos del proceso penal: elementos subjetivos, objeto y actos procesales” (Viada & Aragonese, citado por San Martín, 2015, p. 6).

Un punto importante que queremos resaltar en la presente investigación, está relacionada a la propia naturaleza del proceso penal, diferente a la del proceso civil, en cuanto a sus estructuras internas, que parte del derecho material que aplica una u otra. San Martín (2015), citando a Maier, indica que existe una autonomía científica del derecho procesal penal, que la diferencia en su objeto y funciones que cumple frente a la ley material, del proceso civil.

No obstante lo referido, se reconoce una comunidad genérica de principios, garantías y formas que son propias del derecho procesal como saber científico. Y es sobre esta base que la presente investigación aborda criterios que si bien fueron inicialmente pensados en el proceso civil, realizando una lectura dinámica y armoniosa de nuestros textos normativos y doctrina sobre la materia, llegamos a determinar que muchas construcciones pueden ser aplicables en el proceso penal

peruano, sin que ello suponga trastocar o confundir la mencionada diferenciación entre el proceso penal y otros procesos.

Ahora, puntualmente respecto a la meta del proceso penal en un Estado constitucional, compartimos lo referido por San Martín (2015) quien indica que:

La meta no puede ser otra que la búsqueda de la verdad respecto del hecho punible y, en su caso, castigar al autor o partícipe de su comisión; por consiguiente, el fin del proceso es solucionar un conflicto, pero con una aplicación correcta de la regla de juicio y, luego, de una regla de derecho, cuya estructura es condicional –una reconstrucción posiblemente verdadera de hechos es una premisa necesaria para demostrar que la decisión es correcta (...). (p. 14)

El proceso penal por el que apostamos reúne ciertos requisitos que la hacen compatible con un modelo de Estado que garantiza el respeto de los derechos de los participantes en el proceso.

1.2.1.2. Características

Si bien en este punto se deberían desarrollar características propias del proceso penal en general, consideramos que realizarlas más allá del matiz informativo, no tendría ninguna utilidad. No obstante, sí consideramos útil mencionar las características de la etapa procesal que reviste especial importancia en la investigación, esta es la del juicio oral.

Así, el profesor San Martín (2015) nos indica que el propio CPP en su título preliminar, nos señala cinco notas esenciales del juicio, estas son: previo, oral, público, contradictorio y desarrollado legalmente. A partir de ellas, indica que existen dos ideas claves que otorgan el calificativo de acusatorio al proceso penal peruano, siendo estas, por un lado, la situación de igualdad y plenas posibilidades de contradicción ofrecidas a las partes, y por el otro, el rol fundamental que desempeña el juez en el desarrollo del juicio.

Ahora, de las dos ideas mencionadas en el párrafo anterior, creemos que son sumamente interesantes y resaltantes, el desarrollo que realiza sobre las mismas el profesor San Martín (2015), quien, respecto al tema de la función del juez en el juicio, es muy acertado al diferenciar el *adversary system* propio del sistema anglosajón de la práctica propia del *civil law* aplicable a nuestro proceso.

Sobre el tema indica que si bien en el *adversary system* es el fiscal quien determina el objeto procesal, no ocurre lo mismo en el sistema eurocontinental, donde se permite al juez determinar la *ratio decidendi* jurídica, rigiendo el principio de *iura novit curia*, obviamente con sus limitaciones, pero concluyendo en la necesidad de tener un juez que intervenga tanto en la *questio facti* como en la *questio iuris*, ello en base al principio de averiguación que otorga al juez “la función de cumplir con las opciones de política criminal del Estado” (Damaska, citado por San Martín, 2015, p. 45).

Continuando con la otra idea clave del profesor peruano, respecto a la situación de igualdad y plenas posibilidades de contradicción, indica que esta se materializa con el recurso de apelación contra las decisiones definitivas, en ese sentido la importancia del derecho a la pluralidad de instancia con reconocimiento constitucional.

1.2.1.3. Condición del sujeto al culminar el proceso penal

Como consideración previa, debemos indicar que, bajo los principios de contradicción e igualdad en el proceso, es necesario contar, como mínimo, con dos partes: una acusadora y la otra acusada, quienes, al ocupar funciones distintas, estructuran de manera dual el proceso.

Sobre la concepción de parte, creemos interesante lo que expone San Martín (2015), para quien la concepción de parte con antecedente en el derecho procesal

civil no satisface el concepto en el proceso penal, y esto porque la idea de parte está ligada a la titularidad del derecho; en ese sentido, se puede hablar de parte en el derecho procesal penal, solo cuando ésta esté desligada de la idea de titularidad de derecho.

Ergo, parte en el proceso penal es “quien actúa en el proceso penal, y ejercita la acción penal y deduce la pretensión procesal, y quien se opone a ella” (Gimeno, citado por San Martín, 2015, p. 194).

Habiendo hecho esa aclaración, es menester conceptualizar dos categorías que son sumamente importantes en la presente investigación, y están relacionadas a la calidad que adquiere la parte acusada en el proceso penal una vez culminada la primera instancia, es decir con la emisión de una sentencia, estas son:

a) **Condenado**

Persona natural o jurídica a la que, luego de habérsela sometido a un juicio, se la considera responsable de un determinado ilícito.

b) **Absuelto**

Figura jurídica procesal que indica el estatus jurídico de una persona a la que no se le haya responsabilidad por un determinado delito (o demanda, en caso de naturaleza civil).

1.2.2. Instancia

Conforme lo indica Ariano (2015), instancia es la “prosecución del juicio, desde que se interpone la demanda hasta que el juez la decida, o desde que se entabla un recurso ordinario ante un tribunal superior hasta que este lo resuelva” (p. 63).

1.2.3. Pluralidad de instancia

1.2.3.1. Antecedentes históricos de la pluralidad de instancia

La pluralidad de instancia no siempre se encontró prevista conforme su regulación actual, sino que atravesó algunas modificaciones conforme el devenir del tiempo, que trajo consigo la derogación y promulgación de nuevas constituciones. Es así que, las Constituciones de 1823, 1826 y 1828 reconocían el número máximo de tres instancias hasta que el artículo 124° de la última Constitución citada suprimió esta tradición normativa (Rubio, 1999).

Posteriormente, como señala Bernal Ballesteros (1998, p. 537-538) recién en la Constitución de 1979 aparece el antecedente inmediato de la regulación actual de la pluralidad de instancia contenida en la Constitución de 1993, siendo que, en ambos textos constitucionales, aunque con diferente redacción, se prevé el derecho a la “pluralidad de instancia”.

En el debate constitucional del pleno del Congreso Nacional de 1993, la pluralidad de instancia encontró como afirmaciones que constituyeron su motivación las siguientes: a) La Pluralidad de instancia supone siempre la regulación de una instancia superior, b) Representa básicamente la segunda instancia, c) Supone la regulación de una instancia superior, d) La casación debe ser entendida como una vía excepcional (Ver debate constitucional del año 1993).

1.2.3.2. Contenido constitucionalmente protegido

a. Reconocimiento constitucional: ¿derecho independiente o parte de un derecho continental?

Nos ilustra la profesora Ariano (2015, p. 49) al indicar que nuestra actual Constitución, reproduciendo a su antecesora de 1979 (inc. 18 del art. 233), brinda al derecho a la pluralidad de instancia una categoría constitucional autónoma, sin necesidad de adscribirla a un derecho fundamental mayor, como sería el derecho de defensa, acción o tutela jurisdiccional efectiva, tal como sucede en

otros países (tal es el caso de Italia, en el que el derecho a la pluralidad de instancia no se encuentra expresamente reconocido en su Constitución; situación similar al ordenamiento español).

La posición descrita no es aceptada en su totalidad, toda vez que, si bien el derecho a la pluralidad de instancia se encuentra reconocida de forma expresa en el art. 139, numeral 6 de la Constitución Política vigente, el propio Tribunal Constitucional indica en reiterada jurisprudencia que el este derecho forma parte del derecho al debido proceso, previsto en el art. 139°, inciso 3 de nuestra carta magna (Ver SSTC N° 1243-2008-PHC, fj. 2; N°5019-2009-PHC, fj. 2; N°2596-2010-PA, fj. 4).

Más allá de su reconocimiento constitucional, el Tribunal Constitucional ha indicado expresamente que la determinación [desarrollo] del referido derecho fundamental compete al legislador, por cuanto, éste determinará la configuración del proceso, ergo, “el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho de configuración legal” (fdto j. 03 Exp. N°3261-2005-PA/TC). En ese sentido, se observa que las disposiciones normativas que desarrollarán dicho derecho son los Códigos Procesales de la materia, en este caso, sería el Código Procesal Penal.

b. Pluralidad de instancia: ¿derecho fundamental o principio constitucional?

La teoría del derecho actual distingue entre dos clases de disposiciones legales: reglas y principios. Las reglas, en palabras de Robert Alexy (2008, p.15) son mandatos definitivos, que siempre pueden cumplirse o incumplirse, mientras que los principios son mandatos de optimización, que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, por lo que, pueden ser cumplidos en diferentes grados.

El concepto de derecho fundamental, como plantea Bernal (2003) es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea, ya que ha sido objeto de un sin número de definiciones, sin embargo, para efectos del presente trabajo nos limitaremos a recurrir a la definición básica de los derechos fundamentales proporcionada por Castillo Córdova (2014), quien las define como la constitucionalización de una serie de exigencias humanas, formuladas como bienes humanos, que son otorgadas a la persona por su condición de tal.

Considerando este breve marco de definiciones, debe señalarse que para Medina (1996) la pluralidad de instancia se constituye como un principio que debe manifestarse desde una doble perspectiva, por un lado, como un mandato negativo para el legislador procesal (la pluralidad de instancia representa para el legislador procesal, una prohibición para regular procesos judiciales con instancia única), y por otro lado, implica un mandato positivo (constituye un imperativo para que el legislador procesal establezca disposiciones que permitan la efectividad real de la doble instancia).

De modo diferente, para Eugenia Ariano (2015) un proceso con instancia “plural” es un derecho subjetivo del justiciable, no una objetiva exigencia del sistema procesal (necesario y de oficio), toda vez que el “querer” (voluntad) de las partes determina que la resolución de un proceso (cualquier proceso) pase al conocimiento de otro juez.

En tal sentido, nosotros consideramos que no existe contradicción alguna en considerar a la pluralidad de instancia como derecho fundamental y principio a la misma vez, toda vez que su carácter de derecho fundamental no implica que deba ser absoluto (queda claro que todo derecho es limitable) mientras que tampoco puede negarse su dimensión como principio, ya que la pluralidad de

instancia se presenta también como un mandato de optimización, el cual es cumplido en la medida que las partes interpongan su respectivo recurso de impugnación, así como se permita la impugnación de dicho acto procesal (habida cuenta que existen autos inapelables, y también existe la facultad de no apelar si que tienen las partes).

Además, no debe perderse de vista, como señala Rodríguez Hurtado (2007) que la pluralidad de instancia está reconocida como uno de los principios de la función jurisdiccional, por mandato expreso del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, asegurándose así la existencia de un recurso ordinario (apelación penal) que permita el cuestionamiento de lo decidido en materia de hechos y de derechos.

c. Teoría del contenido de los derechos fundamentales. Teoría absoluta vs teoría relativa

El contenido esencial o constitucionalmente protegido de un derecho fundamental en palabras de Castillo Córdova (2014) es el conjunto de facultades o atribuciones que hacen que un determinado derecho sea ese y no otro; pero ¿qué significa ello?

Veamos, como se suele impartir en las clases de derecho constitucional existen tres teorías acerca del contenido de los derechos constitucionales, la llamada teoría absoluta, relativa y mixta. La primera, como explica Bernal Pulido (2003), postula la dualidad del contenido de un derecho fundamental, conformada por una parte nuclear (inviolable) y otra periférica (limitable o restringible siempre que sea necesario). La segunda, como explica Salazar (2008) indica que no existe derechos que no puedan limitarse, siendo que a través del test de razonabilidad y proporcionalidad se podrá limitar dicho derecho. Y la

tercera, afirma Castillo (2014) que el contenido esencial o constitucional del derecho es uno solo, el cual es limitado y que solo se encontrará conformado por las atribuciones o facultades guiadas por una finalidad concreta (satisfacer una exigencia para una mayor realización humana).

A partir de este concepto, el contenido esencial o constitucional es delimitable conforme a las circunstancias de un caso concreto, permitiendo la coexistencia armónica de derechos y quedando anulada la posibilidad de conflicto entre los contenidos (esenciales o constitucionales) de dos derechos, siendo que la técnica de proporcionalidad servirá para delimitar el contenido esencial.

En este marco, consideramos que la tercera teoría, postulada por el profesor Luis Castillo Córdova es la más acertada, toda vez que, concordar con la teoría absoluta significaría reconocer la existencia de conflictos iusfundamentales que no encontrarían solución (puesto que los contenidos indisponibles no podrían ser limitados en ningún caso), aceptar la teoría relativa consistiría en postular que el contenido constitucional se encuentra definido previamente al caso concreto (lo cual nos llevaría a una especie de catálogo definido de contenido constitucionales de derechos); mientras que solo la última teoría descrita permitirá que dependiendo del caso concreto se pueda dibujar el marco del contenido esencial de los derechos en conflicto; además que, este ha sido el criterio recogido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Verbigracia Exp. N° 00228-2009-AA-TC Caso Chiquitoy S.A).

En tal sentido, si bien conforme a lo anotado el contenido constitucional del derecho a la pluralidad de instancia se delimitará en cada caso concreto esto no exime la posibilidad de contornear el mismo tomando como principal

referencia la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, más aún cuando sabemos bien que la Constitución no establece si la pluralidad de instancia se ve satisfecha con dos o más de dos instancias.

Es así que, el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el **Exp. N° 604-2001-HC/TC** indicó que en la medida que la Constitución no ha establecido cuáles son esas instancias del derecho a la pluralidad de instancia, el principio constitucional se satisface estableciendo cuando menos una doble instancia. Asimismo, en la **STC N° 03261-2005-AA/TC** ha precisado que *“el derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal”*. Igualmente, en las sentencias recaídas en los **EXPS. N° 6149-2006-PA/TC** y **6662-2006-PA/TC** ha precisado que *“Éste (derecho) garantiza que en la dilucidación de una controversia planteada en sede judicial, exista una estructura jurisdiccional que, cuando menos, se encuentre organizada en una doble instancia (...)”*.

Adicionalmente, es necesario precisar también que, el Tribunal Constitucional, a través de la Consulta N° 2491- 2010 Arequipa de fecha 14 de setiembre de 2010, y Consulta N° 15852-2014 Junín, de fecha 22 de octubre de 2015, se ha pronunciado respecto a la licitud de la figura de la condena del absuelto.

Es así que, en la **Consulta N° 2491- 2010 Arequipa**, de fecha 14 de setiembre de 2010, estableció que el régimen jurídico de la condena del absuelto

no afecta la garantía de la doble instancia, en la medida que, lo que se reconoce en dicha norma constitucional es la garantía de la instancia plural, la misma que se satisface estableciendo como mínimo, la posibilidad en condiciones de igualdad de dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado.

En igual sentido la **Consulta N° 15852-2014 Junín**, de fecha 22 de octubre 2015, también se señala que las disposiciones contenidas en los artículos 419.2 y 425.3.b (normas posibilitan la revocatoria en segunda instancia de la sentencia absolutoria) no vienen viciadas de inconstitucionalidad, precisando que, constituye la materialización del derecho a impugnar cuando posibilita que en la segunda instancia se revise la sentencia absolutoria. (FJ 6.5).

De lo descrito se desprende que el contenido constitucionalmente protegido de la pluralidad de instancia se ve satisfecho con una doble o segunda instancia, por lo que, compartiendo lo señalado por Tuesta Silva (2010, p.94) consideramos que regular procesos con tres o más instancias (exceso de instancias) sí afectaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los justiciables (partes), extremo que será mejor fundamentado en los próximos apartados.

Asimismo, trayendo una vez más a colación a Tuesta Silva (2010) el contenido constitucional protegido del derecho a la pluralidad de instancias se encuentra conformado por la non reformatio in peius (prohibición de reforma en peor). Esta interdicción de reforma peyorativa, como indica Mixan Mass (2010) es un principio en materia de impugnación, siendo que la sentencia que sustituye la revocada no puede dictarse en sentido más desfavorable para el recurrente.

Es necesario puntualizar que la prohibición de reforma en peor no se ve transgredida con la aplicación de la condena del absuelto, toda vez que conforme apunta Oré (2014), la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio. De forma contraria, como señala Vescovi (citado por Oré, 2014) cuando sea el Ministerio Público quien apele la sala se encontrará facultada de revocar la resolución impugnada, incluso en detrimento del procesado.

Sin embargo, a diferencia de lo afirmado por Tuesta Silva (2010), consideramos que el apotegma *tantum devolutum quantum appellatum* (órgano revisor solo puede resolver la petición del medio de impugnación) no forma parte del contenido constitucional de la pluralidad de instancia. Este supuesto principio establece un límite a la competencia de la Sala Penal ya que solo puede conocer y decidir sobre la pretensión fijada por el apelante en el recurso (Loutayf, 1989). Al respecto, consideramos más bien que, conforme explicaremos en los siguientes capítulos, el ad quem debe contar las facultades para realizar una revisión integral en segunda instancia.

De lo expuesto, se tiene que el contenido constitucionalmente protegido de la pluralidad de instancia involucra: a) no regular procesos a instancia única, b) doble instancia, c) no incurrir en el exceso de regulación de más de dos instancias, d) prohibición de reforma en peor.

1.2.3.3. El debate de instancia única o doble instancia en el proceso

Si bien la discusión en torno a la concepción del proceso como instancia única o doble instancia es antiquísima consideramos que la misma aún no se encuentra desfasada, toda vez que en la doctrina nacional todavía se observan partidarios de ambas posiciones.

Es así que, por un lado, la posición del proceso a instancia única encuentra como sus principales defensores a Mauro Capeletti, Fabio Nuñez del Prado. mientras que el proceso como doble instancia es defendido por Eugenia Ariano, Tuesta Silva.

En tal sentido, Mauro Capelleti (citado en Vargas, 2015) señalaba que la apelación implica una perniciosa desvalorización del juicio de primer grado, y que ningún ordenamiento consideraba el doble grado de jurisdicción como una garantía constitucional. Al respecto, se conoce bien, que en lo que a nuestro ordenamiento constitucional concierne-así como a muchos otros-actualmente se reconoce el carácter constitucional de la pluralidad de instancia.

Asimismo, Fabio Nuñez (2014) señala: *“Mientras la efectividad exige celeridad, la doble instancia promete dilación. Mientras la efectividad atiende al derecho material, la doble instancia atiende al propio proceso. Mientras la efectividad exige que el proceso debe acabar, la doble instancia asegura que el proceso durará algunos años más”* (p. 399). La posición que postula el citado profesor es prescindir de la primera instancia y remplazarlos por los vocales de segunda para que resuelvan la controversia en un único y definitivo fallo (Nuñez, 2014).

Frente a esta postura, la reconocida Eugenia Ariano señala: *“solo sería admisible un proceso con instancia única si se podría garantizar la infalibilidad de los jueces, lo cual obviamente resulta imposible. De allí que postular un proceso con instancia única “es un peligro”* (citado en Ibañez).

Al respecto, consideramos que concebir al proceso como instancia única requiere no reconocer a la pluralidad de instancia como derecho fundamental, es decir, negar su positivización o reconocimiento como garantía de la función jurisdiccional (art. 139 CPE), supuesto con el que no nos encontramos de acuerdo, tanto más si como

señala Vargas Ysla (2015) los argumentos a favor de la doble instancia pueden resumirse en los siguientes: a) la confianza (ante cualquier posible error puede enmendarse por otro tribunal), b) la seguridad (control respecto a posibles arbitrariedades del tribunal de primera instancia).

1.2.3.4. La pluralidad de instancia en la práctica de la Corte IDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Velásquez Rodríguez vs Honduras, del 29 de julio de 1988, y Godínez Cruz vs Honduras, del 26 de junio de 1987, ha indicado que no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser efectivos y adecuados para encontrar remedio a la situación jurídica infringida.

En la misma línea argumentativa, la Corte ha señalado en la sentencia del caso Baena Ricardo vs Panamá, del 02 de febrero de 2001, que:

“El derecho de recurrir el fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó el acusado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8. 2º de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual el juez de o tribunal superior procure la corrección de las decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”.

A través de estas precisiones se asevera que no solo es necesario contar con un sistema de recursos, sino también este sistema debe ser eficaz en cuanto a la finalidad para la que fue concebida.

En adición a esto, en el Caso Barreto Leiva vs Venezuela, que data del 17 de noviembre del año 2009, la Corte IDH emitió sentencia contra el estado venezolano, declarando que Venezuela violó el derecho del señor Barreto Leiva reconocido en el artículo 8.2.h de la Convención, dado que la condena provino de un tribunal que conoció el caso en única instancia y el sentenciado no dispuso de la posibilidad de

impugnar el fallo. El Tribunal terminó resolviendo que el Estado debe, dentro de un plazo razonable, adecuar su ordenamiento jurídico interno a fin de que garantice el derecho a recurrir los fallos condenatorios a toda persona juzgada por un ilícito penal.

Con este último pronunciamiento, la Corte IDH clarifica la necesidad que las decisiones adoptadas por los tribunales de los estados partes no restrinjan el derecho de impugnación de la parte afectada.

1.2.4. Doble conforme

La pluralidad de instancia presenta variantes como la doble instancia, que implica la revisión de la decisión adoptada en primera instancia, y el modelo de la doble conforme, que busca instaurar una pluralidad de apelaciones que se detiene tan pronto se obtiene una doble decisión conforme con el mismo tenor (dos veces la misma decisión), es decir, que el procesado pueda solicitar que su sentencia condenatoria sea revisada por otro tribunal y cuando exista conformidad por éste nuevo tribunal (confirme la sentencia condenatoria) recién se alcanzaría la cosa juzgada.

En una exposición sobre el desarrollo histórico, Ariano (2015) explica que la doble conforme es de origen canónico e irradió sus influencias sobre codificaciones europeas pero sufrió el embate de la legislación revolucionaria francesa, con la introducción del “doble grado de jurisdicción” hasta casi desaparecer en los ordenamientos procesales actuales.

Respecto a su desarrollo en nuestra legislación, la misma autora señala (2015) que con la Constitución de 1828 se adoptó la variante de la doble conforme (la tercera instancia no procedía cuando la sentencia de primera y segunda instancia eran conformes), modelo que fue seguido por el Código de Enjuiciamiento Civiles de 1852, donde se sigue la pluralidad de instancias hasta conseguir la doble conforme, siendo que la tercera instancia se promueve a través de la súplica (procedía cuando las

sentencias o autos pronunciados en vista no fueran confirmatorios de primera instancia), el mismo que era competencia de la Corte Superior; posteriormente este modelo de la “doble conforme” fue eliminado en 1855.

Los recientes pronunciamientos de la Corte IDH (Caso Mohamed vs Argentina, entre otros), así como la jurisprudencia y doctrina nacional, nos conducen - a prima facie - a creer que acceder a una doble instancia, significa necesariamente obtener un doble conforme, lo cual-conforme se desarrollará- resulta incorrecto.

El entendido de la pluralidad de instancia como doble conforme encuentra su fundamento principal en el art. 14.5° PIDCP, que establece: *“Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”*; precepto normativo que anuncia la necesidad de revisión de una sentencia condenatoria, lo cual, a simple vista, establece que la decisión condenatoria obtenida en segunda instancia (condena del absuelto) deba ser necesariamente revisada por otra instancia superior, obteniéndose así una doble conforme (dos veces lo mismo), puesto que lo que se protege es el derecho a impugnar un fallo condenatorio por parte del afectado.

En este extremo, cobra suma importancia lo señalado por Doig Diaz (2004, p.192), quien indica que este precepto (art. 14°.5 PIDCP) se presta hasta a tres interpretaciones diferentes (con énfasis de garantismo mínimo, medio o máximo). Cuando el énfasis es mínimo bastará con entender que la sentencia debe ser sometida a un tribunal superior; si es medio, se necesitará de una apelación que revise el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena; mientras que el máximo grado de garantismo implica que el artículo 14°.5 sea interpretado como el derecho del imputado no solo a

tener un juicio doble sino más específicamente un doble juicio conforme en caso de condena.

De lo descrito se desprende que la interpretación de garantismo mínimo del art. 14.5 PIDCP se equipara a la pluralidad de instancia como doble instancia mientras que la interpretación de garantismo máximo significa la pluralidad de instancia como doble conforme. Al respecto, en el plano nacional una buena parte de la doctrina (Ore Guardia, Nuñez Perez, Renato Vargas, Salas Arenas, Victor Arbulú) se decantan por concebir a la pluralidad de instancia como doble conforme, mientras que otra (Montero Aroca, Tuesta Silva, Doig Diaz, San Martín Castro, Pisfil Flores, Fernando Iberico, Ivan Quispe Aquispe) se inclina por la pluralidad de instancia como doble instancia, siendo esta última-conforme se señaló en el apartado anterior- la que compartimos.

Consideramos que es equívoco tratar de definir el contenido de la pluralidad de instancia (como doble conforme) a partir de una interpretación literal del art.14°.5 PIDCP, dejando de lado la interpretación histórica respectiva, la cual, según Marcial Rubio (2009, p.250) representa el contraste entre el dispositivo normativo a interpretar y sus precedentes; y que incluso el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 3283-2007-PA-TC, del 03 de setiembre de 2007, ha señalada la necesidad de emplear otros métodos de interpretación como el histórico.

En tal sentido, resulta menester describir la interpretación histórica del artículo 14°.5 PIDCP desarrollada por la profesora Doig Diaz (2005), quien señala lo siguiente:

Dicho precepto fue redactado pensando en el proceso penal anglosajón, y en especial en el proceso penal de los Estados Unidos, donde el veredicto absolutorio del jurado no puede ser recurrido por el Ministerio Fiscal, en cambio **el veredicto condenatorio puede ser recurrido por el condenado ante un Tribunal Superior (...)** De acuerdo con estos antecedentes, resulta razonable que dicho precepto haya contemplado la

posibilidad de **interponer el recurso única exclusivamente contra sentencias condenatorias** y que la revisión efectuada por el Tribunal Superior pueda solo confirmar o anular la decisión para, en su caso, disponer el nuevo juicio por Jurado (p. 545).

De lo expuesto, se observa que la profesora Doig Diaz nos ilustra respecto al origen del artículo 14°.5 PIDCP, el cual es de vertiente anglosajón, ya que nació pesando en el proceso penal norteamericano, en el que, como señala Thaman (citado por Nuñez, p. 23) una absolución por el jurado es definitiva y el Ministerio Público se encuentra vedado de poder interponer el respectivo recurso ordinario de apelación. De esto, se colige que en el derecho penal de Estados Unidos solo se encontrará regulada la apelación de sentencia condenatoria, supuesto que es recogido en el art.14°.5 PIDCP y que explica por qué se regula expresamente la terminología “fallo condenatorio” y no simplemente como “fallo” (que comprendería tanto el fallo condenatorio como absolutorio).

Ahora bien, habiéndose efectuado una interpretación histórica del art. 14°.5 PIDCP, conviene precisar si resultaría razonable aplicar dicho precepto normativo (diseñado para el proceso penal norteamericano) al derecho procesal penal en el Perú, en donde a diferencia de Estados Unidos, la apelación no se encuentra restringida únicamente para la defensa del imputado sino que el Ministerio Público también tiene la facultad normativa de interponer el recurso de apelación ante una sentencia absolutoria.

Consecuentemente, consideramos que carece de sentido tratar de interpretar el art. 14°.5 PIDCP (pluralidad de instancia) en su vertiente de garantismo máximo (como doble conforme), toda vez que, esta interpretación correspondería exclusivamente al modelo anglosajón norteamericano, donde la doble conforme se cumple a la misma vez que la doble instancia, puesto que al revisarse en apelación la sentencia

condenatoria de primera instancia la corte decidirá absolver o sentenciar al procesado, cumpliéndose así dos veces lo mismo (dos sentencias condenatorias). Lo que no sucede en el derecho procesal del Perú, ya que aquí al estar permitido la apelación de sentencia absolutoria para el Ministerio Público se produce el supuesto que el tribunal de apelaciones condene en segunda instancia al absuelto en primera instancia (condena del absuelto), con lo cual la doble conforme no se cumple a la misma vez que la doble instancia (en segunda instancia existiría una absolución y una condena).

Es así que, consideramos acertada la opinión de la profesora Doig Diaz (2004) quien anota que el sistema de recursos en el Perú se ha inclinado por la concepción de interpretación garantista mínima del art. 14°.5 PIDCP, ya que resulta suficiente que las sentencias dictadas sean conocidas por la siguiente instancia para cumplirse la eficacia de la pluralidad de instancia.

En adición a esto, conforme fundamentaremos más adelante, consideramos que el artículo 14°.5 PIDCP debe ser interpretado conforme una declaración interpretativa que permita entender a la pluralidad de instancia en consonancia al modelo actual de nuestro sistema procesal penal.

Se debe precisar también que, la pluralidad de instancia como doble conforme encontraría su fundamento, además del art. 14°.5 PIDCP, en el artículo 8.2, literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prevé *“Toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”*.

En este extremo, consideramos que lo prescrito en la CADH no busca alcanzar necesariamente una doble conforme, sino que pretende que un tribunal superior sea el que efectúe la revisión de lo decidido, supuesto en el que sí encajaría la pluralidad de instancia como doble instancia, toda vez que, conforme a nuestra propuesta, en el

examen de grado se efectuaría un control integral de lo resuelto en primera instancia, por lo que, el examen del *ad quem* superior se consideraría como una revisión para ambas partes, no solo para la parte apelante.

Cabe precisar que la principal diferencia que podemos hallar entre la regulación prevista en el art. 14°.5 del PIDCP y el art. 8.2, literal h) de la CADH, es que en el primero se señala de forma expresa la necesidad de recurrir “el fallo condenatorio” mientras que el segundo solo hace referencia a recurrir “el fallo”, por lo que, consideramos que el PIDCP sí busca regular una pluralidad de instancia equivalente a la doble conforme mientras que la CADH permitiría que la pluralidad de instancia se pueda enmarcar como una doble instancia.

1.2.5. La Apelación

Se parte de la premisa que la apelación es el “vehículo que conduce a una segunda instancia” (López, 2015, p. 609), y funda su razón de ser en la infalibilidad de la actuación de los jueces, en el marco de un estado constitucional de derecho.

a. Características

Como recurso ordinario que permite un debate amplio sobre la cuestión (o al menos así debería ser, y no solo una revisión de lo actuado), Cavani (2015) indica que suele tener como característica la de promover la uniformidad en la interpretación del derecho, en ese sentido, refiere que “la discusión debe limitarse a la forma cómo se interpretó o aplicó el derecho” (p. 62).

Asimismo, la apelación es un recurso propio, dado que es conocida por un órgano diferente al que emitió la resolución impugnada.

b. Efectos

Es importante indicar que los efectos jurídicos son consecuencias de hechos jurídicos, éstos a su vez, entendidos como consecuencias relevantes para el derecho. En ese sentido, indica Cavani (2018) que “los efectos jurídicos de los recursos son aquellos producidos a partir de su interposición y que tienen relevancia para el proceso” (p. 85).

Bajo lo referido, se consideran cuatro efectos: obstativo, suspensivo, devolutivo y expansivo; siendo importante enfatizar en el hecho de cuán equívoco puede resultar utilizar el término devolutivo, sugiriéndose por la doctrina términos como efecto “extensivo” o “traslativo” (citando a Didier Jr. y Carneiro Da Cunha, Cavani, 2015).

- i. Obstativo.** Entiéndase por esta, al hecho de que cuando uno interpone un recurso, éste “obsta a la generación de firmeza de la resolución”. (Cavani, 2018, p. 85). Este efecto está relacionada a la firmeza y estabilidad, que es considerada de manera independiente del contenido. Es decir, el recurso hace que se continúe con el proceso, no posibilitando [no obstante] que la resolución que resuelve un asunto en concreto –independientemente del contenido que tenga– pueda adquirir firmeza, impidiendo con ello que el proceso culmine.

Lo referido no es sino un efecto que “se deriva de la propia definición de recurso, como impugnación intraprocesal” (Cavani, 2018, p. 86).

- ii. Suspensivo.** Que no debe confundirse con la naturaleza del recurso, pues la premisa de la que parte esta investigación es que la sentencia [que es una resolución] nace ineficaz, ergo, “el recurso no vuelve la resolución ineficaz, sino simplemente *prolonga su estado de ineficacia con el que nació*” (Cavani, 2018, p. 86); así, el autor indica que el efecto suspensivo no es

propriamente un efecto del recurso, y ello es sumamente relevante por cuanto, la posición que Cavani adopta es entender a la sentencia como un acto jurídico que nace ineficaz, y solo cuando no se recurre o posteriormente se resuelve, se puede indicar que la sentencia adquiere de eficacia.

Entonces, nótese que lo que el profesor Cavani (2018) termina diciendo es que –en realidad– lo suspendido no es la resolución *propriamente*, sino la eficacia de la resolución impugnada. Y esta aseveración va acompañada de un ejemplo, que siendo adaptado al proceso penal, creemos útil para entender porque se debe entender de esa manera. Veamos:

El artículo 414° del CPP otorga cinco días para la apelación de sentencias. En la práctica forense se ve que las partes interesadas presentan sus respectivos recursos el penúltimo o último día. En ese marco, cabe preguntarse ¿en los primeros días en los que no se presentó el recurso, no existió la suspensión de los efectos de la sentencia? ¿Es cierto que solo mediante el recurso se suspenden los efectos?

Obviamente la respuesta viene en clave negativa. Así, con este simple y oportuno ejemplo, se comprueba que en realidad hasta que la resolución no adquiera firmeza, los efectos quedan suspendidos por la propia naturaleza de la resolución y no por el recurso interpuesto.

Sin embargo, más allá de todo lo referido, no se debe olvidar que “es la resolución la que nace eficaz o ineficaz **por mandato de la ley**, esto es, depende del tipo de resolución para que produzca inmediatamente efectos o no” (Cavani, 2018, p. 86). Y este es el caso del proceso penal, dado que expresamente en el artículo 412° del CPP se menciona sobre la ejecución provisional de la condena.

1. Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere.

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

Aunque, más adelante, en el artículo 418°, también se tiene que:

1. 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.

2. 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.

Más allá de la crítica que podríamos realizar a la redacción de los literales acotados, lo importante en este punto es responde a la pregunta ¿se pueden suspender los efectos en las sentencias penales?

Claro que sí. Incluso el CPP faculta que se pueda suspender la ejecución de la pena privativa de libertad de carácter efectiva, obviamente bajo determinados baremos que han de ser medidos por el juez en cada caso en particular, así tenemos el literal del artículo 402°, que dicta:

2. Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288 mientras se resuelve el recurso.

Cabe mencionar que la aplicación de las restricciones que menciona el artículo 288° del CPP hacen que el sentenciado, pese a tener un mandato de pena privativa de libertad **efectiva**, pueda gozar de libertad hasta que se resuelva el recurso que interpone; en ese sentido, una vez firme la decisión, se procederá al internamiento de confirmarse lo decidido, o por el contrario, continuará en libertad.

De todo lo referido, respecto al proceso penal, podemos llegar a la conclusión –una vez más– que si bien la naturaleza de sus efectos (sobre todo el relacionado a la pena restrictiva de libertad efectiva) tienden a ser de ejecución provisional; no por ello, en muchos casos se deja de tener efectos suspendidos, llegándose incluso [como es el caso del literal 2 del artículo 404 del CPP] a proteger al condenado del monopolio penal, al punto en el que los efectos serán tales solo cuando el recurso interpuesto quede resuelto.

En ese sentido, el recurso de apelación no suspende efectos de una sentencia, que de por sí es ineficaz, simplemente la propia naturaleza de la resolución hace que no se puedan producir los efectos hasta que no exista firmeza.

iii. Devolutivo. Respecto a éste efecto, el profesor Cavani (2018) hace una aclaración sobre la connotación histórica del término y la tradicional nomenclatura que ha ido siguiendo la doctrina sobre la misma, sin que necesariamente se ajuste a lo que tenemos actualmente; es así que, este autor termina indicando que, en la actualidad, lo correcto es referirnos al efecto traslativo o extensivo.

Solo para no dejar en incertidumbre al lector, puntualmente referiremos el por qué no es correcto denominar devolutivo a este efecto. Y es que, con el surgimiento de la apelación y la organización judicial del Imperio Romano, se atribuyeron facultades juzgadoras a diversos funcionarios, facultades que antes solo estaba en manos del emperador, es así que cuando éstos fallaban y no se estaba de acuerdo con ello, se recurría al emperador. En ese contexto nace el término de <<devolver>> al emperador el poder de juzgar que él mismo había delegado. (Cavani, 2018, p. 88)

Sin embargo, en la actualidad ya nadie devuelve ningún poder a monarca, emperador o a otra autoridad; de hecho, bajo los estándares de Estado Constitucional de Derecho, el poder nace del pueblo, y éste a su vez, confía a los órganos jurisdiccionales el poder de administrar justicia.

Entonces nuevamente, vemos que el término devolutivo responde más a criterios históricos que procesales propiamente.

Habiendo hecho esa precisión, respecto a este efecto, Cavani (2018) indica que existen dos dimensiones de la misma, siendo estas:

- a) **Extensión (dimensión horizontal – *tantum devolutum quantum appellatum*).**

Ahora, esta dimensión, responde a la pregunta de “¿qué es sometido a la revisión del órgano resolutor?”, y la respuesta debe ser “solo lo impugnado por las partes” (Cavani, 2018, p. 88).

Es aquí donde cobra vigencia el brocado *tantum devolutum quantum appellatum*.

En este punto, es importante mencionar la regulación de la prohibición de la *reformatio in peius* en el Código Procesal Civil, específicamente en el artículo 370°. Así, Ariano (2015) menciona que una forma elíptica de indicar la limitación del efecto devolutivo al extremo de la sentencia que haya sido efectivamente apelado ya que consentidos los demás extremos no podrán ser modificados por el *ad quem* (*ni in melius ni peius*).

Bueno, es que resulta obvio que no se puede perjudicar sobre un extremo por el que se no se ha recurrido, puede incluso que en la

sentencia existan diversos puntos resueltos, de los cuales no todos han sido sujetos de revisión.

Finalmente, respecto a la posibilidad o no que tendría el *ad quem* para pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones “condicionadas” (subordinadas, accesorias o de garantía), cabe *ex ante* realizar una lectura del artículo 364 CPC [que en este caso trabaja de forma supletoria al CPP], de la cual, se desprende que nuestra apelación promovería una revisión y corrección de la decisión, y no renjuiciamiento de la controversia; razón por la que la respuesta sería negativa. Siendo que la consecuencia consistiría en que revocada la primera sentencia en el extremo impugnado la causa debería remitirse al juez ad quo a fin de que emita pronunciamiento sobre las pretensiones condicionadas, cumpliéndose así la instancia plural (Ariano, 2015).

Enfoque que no es compartido por Eugenia Ariano, quien sostiene que nuestra apelación no promueve una mera revisión de la resolución impugnada sino un nuevo enjuiciamiento de la controversia [posición que no compartimos], y que la instancia plural no significa necesariamente un doble pronunciamiento sobre exactamente lo mismo, sino que la misma controversia sea conocida por dos jueces distintos.

Concluyendo que, una vez activada la segunda instancia, de verificarse la condición (estimación o desestimación de la principal), las pretensiones condicionadas podrán recibir un

pronunciamiento por parte del juez *ad quem*, sin que con ello se afecte garantía constitucional alguna (Ariano, 2015).

Posición con la que no conciliamos del todo, pero podría ser ampliamente discutida; sin embargo, por razones metodológicas no serán revisadas a fondo en el presente trabajo.

b) Profundidad (dimensión vertical – efecto traslativo).

En esta dimensión, se examinan “¿qué cuestiones deben ser examinadas por el órgano resolutor? Aquí, ya no hablamos más de la materia impugnada (...) sino la profundidad del conocimiento de aquello que fue impugnado” (Cavani, 2018, p. 90)

Se indica que con esta dimensión se debería dar respuesta a los argumentos manifestados en el recurso.

Sin embargo, Cavani (2018) admite la posibilidad de ir más allá concretamente en dos puntos: *i*) por un lado, en los fundamentos de la resolución impugnada no cuestionados expresamente en la causa de pedir recursal. Un ejemplo sería la revaloración de la prueba por criterios diferentes a la revaloración a los alegados en el recurso; y, *ii*) por otro, cuestiones apreciables de oficio, pero con la limitación de aquellos casos previstos expresamente en la ley.

iv. Expansivo. Cuando se interpone recurso, si bien se trata de limitar a ciertos puntos; no se debe perder de vista que por la naturaleza del recurso, ésta puede traer como consecuencias que se comprendan a personas o materias diferentes. Es así que se habla de un efecto expansivo de aspecto objetivo y subjetivo.

c. Finalidad

En el presente trabajo entendemos que la finalidad de la apelación de sentencias primordialmente es (*rectius*: debería ser) el reenjuiciamiento de lo decidido en primera instancia, en ese sentido, queda para el recurso de casación la finalidad nomofiláctica, dikelógica y unificadora.

Sin embargo, consideramos útil evaluar la finalidad nomofiláctica en relación a la apelación, y es que se debe indicar que a partir de ella se pueden diferenciar las funciones de la Corte de Apelaciones de la Corte Suprema. Es así que, la construcción de las premisas fácticas las realiza la primera y segunda instancia en base a la actuación y valoración de pruebas, empero “la Corte Suprema se encuentra condicionada a tener que resolver los problemas de interpretación y aplicación del derecho, a partir del trabajo con la premisa fáctica realizado por el juez de apelaciones” (Cavani, 2015, p. 159).

Lo descrito en el párrafo anterior es sumamente relevante en este trabajo, puesto que, aunque la investigación verse sobre las prácticas realizadas a nivel de Salas de Apelación, el problema fundamental radica en la interpretación del derecho (específicamente de la figura de la condena del absuelto) que realiza la Corte Suprema, lo que implica finalmente el poder o no aplicar la figura.

En ese sentido, conviene indicar que la apelación busca subsanar errores in iudicando como errores in procedendo, el error in iudicando o error en estricto consiste en un error del juez, que lo llevó a aplicar una norma jurídica que no era aplicable al caso; pudiendo ser la indebida aplicación tanto material como procesal. El error in procedendo o vicio propiamente dicho es un error en el procedimiento el cual se produce por la afectación de una norma procesal esencial (Manrique, 2005).

Importante es recordar que “lo ideal, tanto para las partes como para el Estado, es que a través del proceso se arribe a una decisión justa, tutelando efectivamente el derecho reconocido en un plazo proporcional” (Cavani, 2014, p. 193).

1.2.5.1. Evolución en el Perú

Para un amplio desarrollo histórico del recurso de apelación se puede revisar el trabajo de la profesora Ariano Deho (2016, 2015), trabajos en los que se sistematiza a detalle los aspectos históricos relevantes para la comprensión de la apelación en general.

No obstante, en el presente trabajo, se esbozarán líneas generales del nacimiento de la apelación en el Perú, y básicamente de manera bastante sucinta, puntualizaremos sobre cómo nuestro entendimiento sobre la apelación ha ido variando en nuestra vida república, llegando a un modelo de características híbridas que en la actualidad parece no ser de gran utilidad.

i) Nacimiento de la apelación en el Perú

Ariano indica que nuestra inicial redacción daba cuenta de un modelo de apelación-nuevo juicio; no obstante, puntualiza que el modelo de apelación recogido en el Código vigente [procesal civil] –considerando solo el artículo 364–, cambia la configuración primigenia que se tenía sobre la apelación; es decir, pasa de la “apelación-nuevo juicio” a una “apelación-revisión”.

ii) Adopción del modelo de apelación pleno

La idea de ‘renovar’ íntegramente el juicio ante un juez distinto al primero tiene sus cimientos en el modelo romano de la apelación, comúnmente conocida en la doctrina como *novum iudicium* o, en lengua alemana, como *volle Berufung*, es decir, apelación ‘plena’. (Ariano, 2016)

En este modelo, en palabras de Loutayf Ranea (2003) la apelación funciona como un *nuevo juicio*, en cuanto se permite la interposición de nuevas pretensiones y oposiciones o la producción de nuevas pruebas tanto para el apelante como apelado. A su vez Liebman señala que “el modelo pleno responde al principio justiniano, que contenía el anhelo de alcanzar una justicia ecuménica, con igualdad de las partes en instancia de apelación” (citado por Ariano, 2015, p.161)

Un punto sumamente relevante es el hecho de saber que en el sistema de apelación plena el mero planteamiento de la apelación transfería al juez ad quem el pleno conocimiento de todo el asunto, con la consiguiente posibilidad de modificar la sentencia apelada tanto a favor del apelante como del apelado, es decir, con la normal posibilidad de una *reformatio in peius*, y ello porque consideraba que la apelación reabriendo por completo el juicio podía beneficiar tanto al uno como al otro. (Ariano, 2015)

En la actualidad, este modelo se encuentra vigente en los ordenamientos de los países europeos, como el italiano y el francés, en este último incluso se contempla la posibilidad de alegar pretensiones nuevas, conforme la redacción de su artículo 536 en el Código Procesal Civil, que expresamente indica:

Para justificar en apelación las pretensiones que hicieron valer en primera instancia, las partes podrán alegar fundamentos nuevos, aportar nuevos documentos o proponer nuevas pruebas.
--

No obstante, debemos realizar una precisión importante sobre este punto, dado que el desarrollo como sociedad no ha sido ajeno al derecho procesal, razón por la que inclusive en países que continúa vigente el modelo de apelación pleno, fue necesario ir introduciendo modificaciones sucesivas en sus leyes procesales para ir aligerando el contenido de la segunda instancia.

De forma que, el sistema de la apelación libre (en el sentido lato de la palabra) fue paulatinamente modificándose por su dificultad a la hora de llevarlo a la práctica, produciéndose un acercamiento al modelo austriaco de la apelación limitada, sin embargo, a la misma vez, la regulación de la apelación limitada fue abriéndose a la introducción de pequeñas concesiones al *ius novorum*. (Gisbert Poma, 2012)

iii) Adopción del modelo de apelación limitado

Este modelo, en evidente contraste con lo señalado en el apartado anterior, tiene sus orígenes austriacos. En ese sentido, Padoa (citado por Ariano, 2016, p. 161) señala que este modelo regía antes de la reforma justiniana, que comienza a perfilarse en los tiempos de la Glosa, que interpretó que en aquellos casos en los que la sentencia tuviera varios extremos o partes solo se trasladaba a conocimiento y decisión del *ad quem* el extremo efectivamente apelado; de ello nacerá el conocido brocado “*tantum devolutum quantum appellatum*”, el cual si bien restringía el efecto devolutivo de la apelación, no llega hasta la prohibición de la *reformatio in peius*, por lo que, la sentencia de apelación podía beneficiar a cualquiera de las dos partes, fuera o no la apelante.

En este modelo no se permite que en el procedimiento del recurso se aporten nuevas pretensiones ni se produzcan pruebas, sino que considera a la apelación como la "revisión" de la sentencia de primera instancia. (Loutayf, 2015). Cabe precisar que “la indicación del error de hecho o de derecho incurrida en la resolución, es propia del modelo de apelación-revisión” (Ariano, 2015, p.123).

iv) Adopción del modelo de apelación mixto

Este modelo implica la adopción de ciertos rasgos de ambos modelos. Es decir, por un lado, un modelo en el que se permita la presentación de nuevas pruebas (característica propia del modelo pleno), no obstante, la misma restringe este extremo al enumerarse un número determinado de supuestos y requisitos para su admisibilidad.

Asimismo, en este modelo, depende de la redacción del texto normativo, se tiene la tendencia de no permitir la alegación de nuevas pretensiones, es decir, se trabajan con las pretensiones ya presentadas en primera instancia, lo que permite que los procesos versen sobre puntos específicos, y su vez, también evita comportamientos de mala fe que pudiera realizar alguna de las partes en el proceso, como esconder ciertas pretensiones, hechos o pruebas que ayudarían finalmente a obtener una verdad material.

Es así que, en este modelo se enfatiza la importancia de los plazos y la temporalidad, y entra a tallar la figura de la preclusión de los actos procesales, lo que implica y ayuda que el proceso no devenga en eterno y pueda tener ciertos plazos racionales para poder obtener una respuesta.

1.2.5.2. Actual modelo de apelación del proceso penal en el Perú

En este punto cabe preguntarnos qué tipo de modelo es el que adoptó el proceso penal peruano conforme la redacción vigente.

En ese sentido, por un lado, algunos juristas como Pablo Talavera (2004) sostienen que en el Código Procesal Penal se ha optado por un recurso de apelación amplio, ya que toda decisión final es susceptible de recurso de apelación y se abre la posibilidad de ofrecer y practicar prueba en la vista oral, configurándose de esta manera una verdadera segunda instancia.

Sin embargo, contraria a esta postura, existen autores como Fernando Vicente Nuñez (2013) quien sostiene que nuestro modelo de apelación en sí es limitado, acotación que realiza analizando la redacción del artículo 425° del CPP. Y es que, conforme la redacción del mencionado artículo, para este autor, la existencia de una segunda instancia frente a una sentencia absolutoria no da lugar a un proceso autónomo en el que se repita de manera íntegra y total el proceso penal, sino que en base a los errores que se describan en la fundamentación para el recurso de apelación, el superior jerárquico solo controlará la corrección de la decisión adoptada en primera instancia.

Ergo, no se trata de un nuevo proceso penal en el que deba repetirse íntegramente la acusación y la defensa, sino de la continuación del proceso en la que solo se evalúen los errores que se haya cometido al emitirse el fallo, en ese sentido, para Núñez (2013), el modelo de apelación en el proceso penal “se ha previsto como garantía interna orientada a obtener una decisión justa” (p. 174).

Finalmente, una postura intermedia sobre el tema, la esboza el profesor San Martín Castro (2012), quien indica que nuestro modelo no tiene el carácter pleno, toda vez que cuentas con los siguientes límites: a) pretensión impugnatoria de parte, no de oficio, b) objeto de la apelación es la petición de la parte, no hay medios de defensa, no se puede alegar hechos no propuestas en la primera instancia, c) no se puede valorar en perjuicio del acusado, d) el límite de inmediación, e) no es posible dictar sentencia de vista hasta que el imputado sea capturado (archivo provisional).

Y se llega a dicha conclusión luego de dar lectura del artículo 419° del Código Procesal Penal, en el que, por un lado, se podría colegir que el modelo de apelación de sentencias recogido por el legislador es el de “la apelación limitada” o “modelo austriaco”, pues solo admite un reexamen de la sentencia por el órgano superior. Sin

embargo, más adelante, en los artículos 422 a 425, se prevé un conjunto de actuaciones que permiten advertir que la apelación regulada no estaría configurada como un “mero control sobre la corrección de la primera decisión”, sino en realidad, “como el medio para reabrir, como mínimo, la fase de decisión del proceso ante el segundo juez” (San Martín, 2012, p. 45).

De lo referido, se puede afirmar que, en realidad, en nuestro sistema de apelación coexistirían tanto el “modelo de apelación limitada” como el “modelo de apelación plena”, aunque éste tendría un alcance más restringido en relación con su versión originaria” (Oré, 2014, p.145).

1.2.6. Apuntes sobre la adopción de un modelo de apelación más pleno

En este extremo, conviene recordar que conforme lo regulado en el Código Procesal Penal (artículos 422° al 425°) las particularidades del modelo de apelación pleno contenidas en nuestro dispositivo adjetivo penal son las siguientes (actuación de prueba en segunda instancia, valoración independiente de la prueba actuada en la audiencia de apelación, prueba pericial, documentada, preconstituida y anticipada, otorgar diferente valor probatoria a la prueba personal cuando su valor sea cuestionada por prueba actuada en segunda instancia). Consideramos, que estos mecanismos de control otorgados al tribunal de segunda instancia son los que permiten confirmar (tanto una absolución como una condena) o revocar la decisión de primera instancia (absolver al condenado o condenar al absuelto).

A su vez, creemos que la emisión de sentencia en segunda instancia (confirmando o revocando), conforme los parámetros del literal b del artículo 425.3 del CPP, permite que los jueces de apelaciones no solo terminen revisando aspectos puntuales de la sentencia (limitándose al *tantum devolutum quantum appellatum*), sino que se encontrarían facultados para efectuar el reexamen de los hechos en su totalidad.

Esta especie de reenjuiciamiento significa que desde nuestra posición consideramos pertinente optar por un modelo de apelación procesal penal con mayor tendencia al modelo pleno.

Al efectuarse un reexamen del caso en concreto en segunda instancia estaríamos hablando de una verdadera segunda instancia para todas las partes procesales (agraviada e imputado), en donde se concretice un recurso de apelación íntegro (y no solo respecto de los extremos apelados como se realiza actualmente), por lo que, en este supuesto no existiría ningún inconveniente para absolver a un condenado o condenar a un absuelto, respetándose la vigencia del principio de igualdad procesal.

La apelación íntegra en segunda instancia involucra, a su vez, dotar de mayores poderes al *ad quem*, los cuales, desde nuestro punto de vista, implicaría los siguientes puntos:

- a) Se permita efectuar una revaloración de la prueba y no solo controlar la valoración probatoria de primera instancia, conforme la Casación N° 358-2003-San Martín, la revaloración de la prueba en segunda instancia se encontraría proscrita, siendo que solo está permitido controlar la valoración del *ad quo* en contraste con la del *ad quem*. Esta aseveración limita a que el tribunal de alzada deba pronunciarse solo respecto a los posibles errores del *ad quo* (revisión de prueba), impidiendo que pueda pronunciarse respecto al valor probatorio de todas las pruebas actuadas en el juicio de primera instancia (examen integral).
- b) Se permita otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal. Consideramos que esto debe darse no solo cuando su valor sea cuestionado

por prueba actuada en segunda instancia (art. 425.2° CPP) sino en todos los supuestos.

En la Casación N°05-2007-Huaura se señaló que si bien, en atención al principio de inmediación y oralidad, el tribunal de alzada no puede modificar la valorización del contenido de la prueba personal, existen zonas accesibles (fiscalizadas a través de la lógica, experiencia y conocimientos científicos) que sí son pasibles de control, conocidas como “zonas abiertas” (estructura racional de la prueba).

Al respecto sostenemos que, la facultad de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal en segunda instancia no solo debe limitarse al supuesto del art.425.2° del CPP como tampoco cuando se presenten zonas abiertas, sino que esta facultad para el *ad quem* no debería encontrarse condicionada.

La actuación probatoria en segundo grado trae consigo opiniones críticas como la vertida por Fernando Nuñez (2013), quien señala que la Sala Penal Superior, al resolver el recurso de apelación valora la prueba sin la necesidad de la oralidad, inmediación y contradicción. Es así que, parte considerable de la doctrina postula que la actuación probatoria en segunda instancia no goza de características del juicio de primer grado como la inmediación y oralidad, posición que no compartimos.

De modo general, por inmediación entendemos una exigencia, dirigida al juzgador de los hechos, para que esté presente en la práctica de la prueba (Ferrer, 2017); mientras que la oralidad, según lo refiere Mixán (1993), es aquella intervención en audiencia mediante el empleo de expresiones de

los pensamientos de los actores (preguntas, respuestas, argumentos, alegatos, pedidos, etc.).

En cuanto este punto, el jurista Ferrer Beltrán (2017), proporciona una solución viable, al señalar que la grabación de la práctica de la prueba realizada en audiencias orales posibilita perfectamente la revisión por tribunales superiores de la percepción del juzgador. Esta propuesta, permitiría dar paso a una mejor oralidad e inmediación en segunda instancia, claro está, esto en los supuestos donde los testigos y órganos de prueba no concurran a la audiencia de apelación, sugiriéndose dejar de lado lo establecido en la Casación 54-2010-Huara, en el que se señala que si el Colegiado Superior no tiene ante sí al testigo (prueba personal), es imposible que se le otorgue diferente valor probatorio.

De esa forma, se podrá cumplir el extremo referido por Villasante, N. y Yupanqui, M. (2011), quienes indican que al emitir un pronunciamiento de fondo en segunda instancia, específicamente cuando se trata de un absuelto en primera instancia, no existiría lesión alguna de garantías procesales, ello siempre y cuando se respete la inmediación, oralidad y el contradictorio en la audiencia de apelación.

- c) Se conceda al *ad quem* la facultad de actuar prueba de oficio cuando existan lagunas probatorias, pudiéndose aplicar de forma subsidiaria lo regulado en el **artículo 385°.2** del dispositivo procesal peruano, que establece que:

El Juez Penal puede excepcionalmente (...) disponer de oficio, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.
--

Debiéndose precisar que, conforme señala Picó i Junoy (citado por Pisfil, 2018, p. 09) solo con la posibilidad de actuar *ex officio*, el proceso se

convierte en un instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela de los intereses en conflicto por parte del Estado. Por supuesto claro está, que esta labor no debe significar suplir la labor de las partes, sino que permita de manera excepcional (de forma limitada), que el *ad quem* pueda ordenar de manera complementaria la práctica de algún medio probatorio.

Por lo tanto, creemos que es posible aplicar la figura de la condena del absuelto en el proceso penal peruano, dado que los actos y facultades son amplios y, con una lectura del proceso como búsqueda de la verdad procesal, se podría tener una segunda instancia más amplia, no presentando inconvenientes respecto a un posible pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Es necesario aclarar que, en el presentado apartado se pretendió esbozar un bosquejo con nuestras principales ideas respecto a la adopción de un modelo de apelación penal con mayor tendencia al pleno, precisándose que este es un tema amplio, que por razones didácticas no conviene ser completamente abordado en el presente trabajo (posiblemente pueda ser consolidado en una próxima entrega), y que únicamente se desarrolla con el propósito de aterrizar nuestra propuesta, esta es, interpretar al derecho a la pluralidad de instancia como doble conforme, que implica a su vez alcanzar un recurso de apelación integral (lo cual se logra con un modelo de apelación más inclinado por el modelo de apelación pleno).

1.2.7. Condena del Absuelto

1.2.7.1. Evolución

El cuerpo normativo anterior al Código Procesal vigente, Código de Procedimientos Penales de 1940, establecía en su artículo 301°:

“Si la Corte Suprema no considera fundada la sentencia condenatoria o resulta que la acción penal ha prescrito o que el reo ha sido juzgado y condenado o absuelto por el mismo delito, puede anular dicha sentencia y absolver al condenado, aun cuando

este no hubiese opuesto ninguna de estas excepciones. En caso de sentencia absolutoria solo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral” (la negrita es nuestra).

Es así que, antes del Código Procesal Penal, promulgado a través del Decreto Legislativo N°957, del 29 de julio de 2004, ni el Código de Procedimientos Penales, ni ningún otro dispositivo de carácter procesal penal regulaba la posibilidad de condenar en segunda instancia al absuelto en primer grado, por lo que, la oportunidad de la revocatoria de la absolución no existía.

1.2.7.2. Regulación en el Código procesal Penal

Corresponde colocar nuestra atención en la regulación actual que el Código Procesal Penal vigente brinda a la condena del absuelto, observándose particularmente dos artículos, el primero, el artículo 419, inciso 2 CPP y el artículo 425, inciso 3, literal b) del mismo cuerpo normativo.

El artículo 419°.2 del CPP prescribe que el examen efectuado por la sala de apelaciones buscar anular o revocar la resolución apelada (ya sea parcial o totalmente), siendo que en caso de revocarse sentencias absolutorias se podrá dictar sentencias condenatorias.

El artículo 425°.3 del CPP faculta al tribunal de segunda instancia a confirmar o revocar la sentencia apelada, de forma que, si la sentencia de primer grado es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria mientras que si la sentencia es condenatoria se puede resolver con sentencia absolutoria; asimismo, es posible modificar la sanción impuesta, las penas accesorias o las medidas de seguridad.

A su vez, esta facultad se posibilita en base a la actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación, cuyas reglas se encuentran previstas en el artículo 422º, inciso 2ºCPP:

“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”.

1.2.7.3. Fuentes legislativas

En este acápite consideramos importante traer a colación el desarrollo que realiza Oré Guardia (2014), quien señala que las fuentes legislativas del CPP, en cuanto a la condena del absuelto, son, en primer orden, los Códigos de España e Italia, y en segundo orden, la ordenanza procesal alemana, por lo cual, se realizará un breve recuento de estos, reproduciendo lo expuesto por el profesor citado.

En España, conforme la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solo es posible apelar en los procesos por juicios de faltas (en el ámbito del procedimiento abreviado y del enjuiciamiento rápido), mientras que no existe posibilidad de apelar en los demás procesos. En cuanto a los delitos más graves se trate, se cuenta con el recurso de casación, el cual según el Tribunal Constitucional Español (Sentencia 41/1998 y auto 154/1992) permite satisfacer la exigencia de la intervención de un tribunal superior requerida por el artículo 14.5 del PIDCP, incluso cuando se revoca una sentencia absolutoria y condena por primera vez al acusado en segunda instancia; hecho que es criticado por la doctrina ya que se busca desnaturalizar el recurso de casación.

En el caso de Italia, conforme lo regulado por su Código Procesal Penal, el recurso de apelación de las sentencias se muestra como un verdadero segundo grado de juicio, ya que se faculta al juez de apelación a volver a discutir sobre todo cuanto

ha sido decidido por el juez de primer grado. Además, también se encuentra permitido la condena del absuelto, toda vez que cuando el apelante es el Ministerio Público y la apelación concierne a una sentencia absolutoria, el juez puede condenar o declarar la nulidad de la sentencia examinada. Se debe anotar que, contra esta sentencia condenatoria no se ha previsto ningún recurso ordinario, pero sería posible su reexamen en casación (a través del control de logicidad de la motivación).

Por último, en Alemania, conforme establece la ordenanza procesal penal, el recurso de apelación se dirige contra las sentencias expedidas por los tribunales municipales, para el juzgamiento de hechos ilícitos de menor gravedad, mientras que para los casos de delitos graves se regula un procedimiento de instancia única, y se prevé como únicos recursos, el de revisión y el de casación; para estos últimos casos, el Tribunal Supremo Alemán, a fin de garantizar la doble instancia ha emprendido esfuerzos para controlar en la instancia de Casación la comprobación de los hechos realizada por la primera instancia.

Después del desarrollo de estas fuentes legislativas de la condena del absuelto, el profesor Oré Guardia (2014) comenta que los países fuente para la regulación de esta figura comprenden procesos a instancia única, contrario a lo establecido por nuestro Código Procesal Penal y la Constitución Política. Al respecto, consideramos necesario señalar que, si bien es cierto, tanto la regulación española (para delitos menores) como la alemana prevén (para delitos graves) procesos a instancia única, no sucede lo mismo con el ordenamiento italiano, el cual incluso establece un modelo de apelación amplio. Además, los ordenamientos referidos no resultan ser contrarios al nuestro en otros aspectos, tal es así que en España e Italia también contemplan la institución de la condena del absuelto.

Debiéndose precisar que, el ordenamiento español apunta a una solución incorrecta respecto a la condena del absuelto, toda vez que busca la instauración del recurso de casación como mecanismo para la revisión de la condena del absuelto cuando en realidad la solución estriba en la regulación adoptada por la legislación italiana, la cual adopta un modelo de apelación pleno, que permite a la segunda instancia pronunciarse sobre todo lo discutido en la primera instancia, tal como fue sustentado en la última parte del capítulo anterior.

1.2.7.4. Dificultades

La condena del absuelto fue materia de discusión en el VI Pleno Jurisdiccional 2010, sin embargo, al no existir consenso entre los jueces supremos no se llegó a fijar ningún acuerdo, por lo que, hasta la fecha se encuentra pendiente retomar el curso de esta discusión y poder establecer acuerdos.

La dificultades al condenar al absuelto se ven resumidas con las palabras de Burgos Mariños (citado por Oré, 2014), quien señala que al procesado absuelto en primera instancia pero condenado en segunda (figura de la condena del absuelto) se le vulnera el derecho a la doble conforme, es decir, la posibilidad que su condena sea revisada por un tribunal superior; consecuentemente, el único recurso pasible contra la condena en segunda instancia es la casación, pero esta –en opinión del autor– no terminaría satisfaciendo los requerimientos de la doble conforme, como cuestionar los hechos y el derecho por segunda vez.

En el mismo sentido, para Oré Guardia (2014) la figura de la condena del absuelto no vulnera en sí misma la pluralidad de instancia sino que la vulneración a esta disposición constitucional se da cuando se limita de manera drástica el derecho al recurso del procesado; así, incluso se afecta directamente al procesado su derecho

constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, habida cuenta que la condena del absuelto es la primera condena, es decir, el primer fallo que causa agravio al imputado.

Así también, Fernando Nuñez Pérez (2013) sostiene que no se cuestiona la condena del absuelto en segunda instancia propiamente dicha, sino aquella que, pese a ser la primera, se construye sobre la base de un sistema deficiente, que restringe el derecho del imputado a recurrir el fallo que le causa agravio, siendo que ante la condena del colegiado, la única posibilidad de impugnación está restringida al recurso de casación, el mismo que no genera instancia de revisión ya que la Sala Casatoria está impedida de efectuar actividad probatoria y de revalorar medios de prueba incorporados al proceso, más aun cuando solo permite un análisis de derecho más no de hecho.

En la misma línea, Vargas Ysla (2015) sostiene que la condena del absuelto implica una intervención en el derecho de los acusados a impugnar la condena impuesta en el juicio de apelación, dado que, a pesar de ser la primera condena, contra esta no se puede interponer el recurso ordinario de apelación, subsistiendo únicamente el recurso de casación.

Frente a las observaciones formuladas a la regulación actual de la condena del absuelto, la doctrina –al igual que la jurisprudencia– plantea dos alternativas: a) Creación de una sala revisora de las condenas en segunda instancia, o, b) La instauración del recurso de casación como mecanismo revisor de la condena del absuelto.

La primera alternativa es postulada por juristas como el magistrado Salas Arenas (2011), quien propone que, en caso de presentarse la condena de un absuelto, el afectado debe tener la posibilidad de que su caso sea revisado por otra instancia, garantizándole así su derecho a la pluralidad de instancia conforme con los tratados de

derechos humanos, por ello, considera que debería habilitarse otra sala penal superior, que ejerza la función de revisión de la condena del absuelto. Esta posición es compartida por Víctor Arbulú (2015), quien señala que en el caso singular de la condena del absuelto se debería tener la posibilidad que el caso del afectado sea revisado por una instancia, proponiendo que se habilite a otra superior penal, con lo que se garantizaría la pluralidad en concordancia con los tratados de derechos humanos, o en su defecto debería eliminarse esta figura.

Respecto a la segunda alternativa, conforme lo señalado en párrafos anteriores, los juristas Burgos Mariños, Fernando Nuñez y Roger Vargas consideran que el recurso de casación se presentaría como el único recurso a través del cual podría llegarse a una revisión de la primera condena en segunda instancia, sin embargo, terminan por desecharla al señalar que esta no cumple con las características del recurso de apelación. Estos autores, si bien no pretenden emplear la casación como alternativa para la revisión de la condena del absuelto, sí coinciden con Fernando Nuñez (2013) al considerar que un recién condenado en segunda instancia necesita una nueva instancia, sin precisarse aún el nombre o el funcionamiento de esta.

A diferencia, de las opiniones expuestas, también se advierte la existencia de un sector de la doctrina que se muestra a favor de la regulación actual de la condena del absuelto. Así, tenemos al Dr. San Martín Castro, para quien *“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”* (San Martín, 2006, p.982).

Para Proaño Cueva, la condena del absuelto resulta idónea para optimizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues esta no puede ser entendida ni analizada en materia penal únicamente desde el punto de vista de los derechos del procesado

sino también desde los derechos del agraviado y de las facultades del titular de la acción penal (Proaño, 2010).

A su vez, Iberico Castañeda considera que bajo la consonancia de los principios de instancia plural e igualdad procesal lo razonable es que las partes puedan contar con la posibilidad de que su pretensión de revisión genere la revocación de la decisión del ad quo, independientemente del sentido de la decisión impugnada, por lo que, no encuentra objeción a que la sentencia absolutoria pueda ser revocada y reformada por un fallo condenatorio, siempre que este órgano jurisdiccional posea capacidad de revaloración del material probatorio actuado en primera instancia (citado por Vargas, 2015).

Así también, la Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en su investigación ha sido parte del Foro del VI Pleno Jurisdiccional de las Salas de la Corte Suprema de la República del Perú, postula que la condena del absuelto se legitima en base a la celeridad procesal y al plazo razonable.

Conforme a lo descrito, puede claramente advertirse que la doctrina en el plano nacional se encuentra dividida respecto a la aplicación de la condena del absuelto, siendo que mientras un sector, que se encuentra en contra, plantea la creación de una sala especial revisora de las sentencias en segunda instancia, a fin de no vulnerarse el derecho de revisión o pluralidad de instancia del imputado, otra fracción no menos importante de juristas argumentan que la regulación actual de la figura de condena del absuelto no vulnera dicho derecho ni ningún otro.

1.2.8. Posición de la Corte IDH

a. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica

El 02 de julio de 2004 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitió sentencia de fondo contra el estado de Costa Rica, respecto al acto estatal emanado, a través del cual se declaró al señor Herrera Ulloa como autor responsable de cuatro delitos en la modalidad de difamación.

Los hechos consisten en que el Estado costarricense emitió el 12 de noviembre de 1999 una sentencia penal condenatoria (consistente en una multa y en la orden de publicación de una parte de la sentencia) en contra del periodista Mauricio Herrera Ulloa, quien en 1995 publicó en el periódico “La Nación” diversos artículos, en los cuales supuestamente se atribuía al diplomático Felix Przedborski, representante de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica, la comisión de hechos ilícitos graves. Frente a la sentencia adversa de primera instancia, el señor Mauricio Herrera Ulloa solo contaba con el recurso de casación como único medio para impugnar el fallo condenatorio, el mismo que fue rechazado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, optándose más bien por ratificar la sentencia condenatoria y consecuentemente inscribir al sentenciado en el Registro Judicial de Delincuentes.

La Corte señaló que, el único recurso que procede contra una sentencia condenatoria en el sistema costarricense es el recurso de casación, el cual no permite una revisión integral del fallo, tanto en los hechos como el derecho, siendo que su revisión es muy limitada y se restringe solo al derecho, dejando de enfocar tres aspectos importantes: a) la revalorización de la prueba, b) las cuestiones fácticas y c) se limita a las pretensiones de las partes que lo emplean.

De forma que, el recurso de casación no cumple el art. 8.2.h) de la Convención, ya que no satisface el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, así tampoco cumple con las garantías previstas en el artículo

14°.5 del PIDCP, pues no se cuenta con la posibilidad de revisar íntegramente el fallo condenatorio y la pena del autor.

Por estas consideraciones, la Corte concluyó que el Estado de Costa Rica violó el derecho a la garantía judicial prevista en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

b. Caso Mohamed vs Argentina

El 23 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia de fondo en el caso Mohamed vs Argentina, a través del cual declaró por unanimidad que el estado argentino era internacionalmente responsable por haber violado el derecho a recurrir el fallo, previsto en el artículo 8°.2, literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.

Los hechos del presente caso datan del 16 de marzo de 1992, fecha en la que el señor Oscar Alberto Mohamed, conductor de una línea de colectivos en la ciudad de Buenos Aires, atropelló a una señora, ocasionándole el deceso, por lo que, fue procesado por el delito de homicidio culposo. Dos años después, el Juzgado Nacional en lo Correccional No. 3 emitió sentencia, mediante la cual absolvió a Oscar Alberto Mohamed. Sin embargo, ante la interposición del recurso de apelación, la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió sentencia, mediante la que resolvió condenar al procesado. Ante este fallo, el único recurso disponible era el recurso extraordinario federal, el cual fue desestimado, siendo que no se preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir esa sentencia condenatoria de segunda instancia (condena de un absuelto).

Al respecto, el Tribunal indicó que la doble conformidad judicial, otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, independientemente del sistema de recursos que los estados partes adopten y la denominación del medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que este sea un medio eficaz debe permitir el análisis de las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas de la sentencia materia de impugnación, es decir, realizarse examen integral o un control amplio de la sentencia condenatoria.

La Corte concluyó, que en amparo del artículo 8.2.h CADH, el señor Mohamed tenía derecho a recurrir el fallo dictado por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones (condena en segunda instancia), ya que en esta se le condenó como autor del delito de homicidio culposo. Sin embargo, en el sistema procesal argentino no se garantizó normativamente un recurso ordinario accesible que permitiera un examen de dicha sentencia condenatoria, constatándose que recurso extraordinario federal y el recurso de queja no constituyeron recursos eficaces para garantizar el citado derecho.

1.2.9. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH]

Si bien la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no posee carácter vinculante para nuestro estado no debería pasar por inadvertida, ya que forma parte del *soft law*, entendida esta como una guía con efectos jurídicos en la interpretación, en tanto recoge y plasma las metas y objetivos que se impone la comunidad internacional (STC 0022-2009-PI/TC, Fj. 8).

En virtud a ello, en el caso Constantinescu contra Rumanía (§§ 58 y 59), del 27 de junio de 2000, el TEDH aborda la problemática de la revocación de

sentencias absolutorias, señalando que para revocarse la absolución dictada en la primera instancia, se requiere que en el pronunciamiento condenatorio el acusado haya tenido la posibilidad de ejercer su defensa ante el órgano judicial que conoce del recurso, habida cuenta que éste es el primero en condenarle.

Asimismo, el TEDH, en la sentencia dictada en el caso *Almenar Álvarez contra España*, del 25 de octubre de 2011, considera que cuando la jurisdicción de la apelación efectúa una nueva valoración de los hechos considerados en primera instancia y los reconsidera, es necesaria una audiencia pública, en donde la demandante tenga la posibilidad de ser oída.

De modo distinto, en el asunto *Hernández Royo contra España*, del 20 de setiembre de 2016, donde el tribunal de apelación condenó a los encausados absueltos en primera instancia, el TEDH estimó que no se vulneró ningún derecho de los inculcados, ya que en la audiencia se citó de oficio a los encausados, otorgándoles la posibilidad de ser oídos, aunque esta facultad pueda ser desaprovechada por los procesados.

De lo descrito, se observa que el TEDH enfatiza que la defensa del encausado, en el marco de la primera condena en segunda instancia, es necesaria cuando se realiza una nueva valoración de los hechos de primera instancia y los analiza de nuevo, exceptuándose este supuesto en los casos donde el procesado se encuentre citado, pero por voluntad decida prescindir de esta facultad. Por lo que, consideramos que en la línea jurisprudencial del TEDH la condena del absuelto se encuentra permitida, encontrando como su principal presupuesto permitir la autodefensa del imputado.

1.2.10. Pronunciamientos de la Corte Suprema

Como se señaló en el capítulo I, las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de la República no se muestran con una posición uniforme respecto a mostrarse a favor o en contra de la aplicación de la figura de la condena del absuelto (entiéndase conforme su regulación actual), por lo que, a continuación, se realizará un breve recuento de los hechos materia de cada caso, así como la decisión adoptada por el tribunal Supremo.

A. Jurisprudencia en contra

Las sentencias casatorias que se muestran en contra de la aplicación de la condena del absuelto, conforme su legislación actual, son las siguientes: 1) Casación N° 280-2013 Cajamarca, 2) Casación N° 385-2013 San Martín, 3) Casación N° 194-2014–Ancash, 4) Casación N° 542-2014 Tacna, 5) Casación N° 454-2014-Arequipa, 6) Casación N°405-2014-Callao, 7) Casación N°722-2014-Tumbes, 8) Casación N°806-2014-Arequipa, 9) Casación N°530-2016-Madre de Dios y 10) Casación N° 2917-2015-Piura, 11) Casación N° 499-2014-Arequipa.

De forma que, corresponde realizar un breve recuento de los hechos y de la decisión que la Corte Suprema adoptó en cada caso, para así en los siguientes apartados identificar la ratio decidendi respectiva y observar que esta posición en contra de la condena del absuelto responde a su vez a tres diferentes razones.

Sentencias Casatorias en contra			
N°	Casación	Hechos del caso	Posición adoptada
01	Casación N° 280-2013 Cajamarca, de fecha 13 de noviembre de 2014	El Juzgado Penal Colegiado absolvió a Víctor Chilón Durand por el delito contra la Libertad-violación sexual de menor de edad en agravio de la menor identificada con las iniciales E.E.CH.R. Contra la referida sentencia, tanto el Ministerio Público como la	Debe solicitarse al Presidente del Poder Judicial, que se convoque a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, a efectos de que, en uso de su facultad de iniciativa legislativa, pueda proponer la modificación del Código Procesal Penal, a fin que se cree

		parte civil interpusieron recurso de apelación. La sentencia de vista, por unanimidad revocó la sentencia de primera instancia, que absolvió al citado procesado y reformándola lo condenaron por el citado delito.	un órgano judicial que pueda realizar el juicio de hecho y de derecho de la condena dictada en segunda instancia, contra una persona que previamente había sido absuelta.
02	Casación N° 385-2013 San Martín , de fecha 05 de octubre de 2015	El ciudadano Godier Gómez Sanchez fue absuelto en primera instancia como autor del delito de homicidio calificado, en agravio de Fernando Del Águila Fernández. Contra esta decisión el Ministerio Público interpuso recurso de apelación, en la cual la Sala Penal reformó dicha decisión, condenándolo a quince años de pena privativa de libertad.	A efectos de no emitir una condena en instancia única, ya que no existe un recurso impugnatorio que habilite la revisión del fallo en otra instancia, resulta necesario que se convoque al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a fin de que habilite salas revisoras en cada distrito judicial para que realicen el juicio de hecho y de derecho en la condena dictada en segunda instancia.
03	Casación N° 194-2014 Ancash , de fecha 27 de mayo de 2015	El Primer Juzgado Unipersonal de Huaraz dictó sentencia absolviendo a Mohamed Solazar Eugenio como cómplice primario del delito de peculado doloso, en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Huaraz. La Sala Penal revocó la decisión de primera instancia.	El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia, siendo que si en caso ameritaría una condena, sólo podrá anular el fallo de primera instancia a fin que se emita un nuevo pronunciamiento acorde a derecho
04	Casación N° 542-2014 Tacna , de fecha de 14 octubre de 2015	El procesado Jorge Diaz Alcazar fue absuelto por el Juzgado Penal Unipersonal como autor del delito de uso de documento falso, en agravio del Estado. La sentencia de vista revocó la sentencia de primera instancia, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad suspendida.	Ante la condena del absuelto corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia.
05	Casación N° 454-2014-Arequipa , de fecha 20	El encausado Alexis Gamarra Palomino fue absuelto en primera instancia como autor del delito de uso de documento falso. Sin embargo, la Sala Penal de Apelaciones lo	Con el instituto jurídico de la condena de un absuelto, el procesado no cuenta con un recurso impugnatorio y tampoco existe una Sala Especializa que actúe como

	de octubre de 2015	condenó a dos años de pena privativa de libertad suspendida.	revisor, por lo que, corresponde imponer la anulación de todo el proceso hasta el juicio oral de primera instancia.
06	Casación N° 405-2014-Callao , del 27 de abril de 2016	El Primer Juzgado Unipersonal del Callao absolvió a los acusados Oscar Saldaña Ruiz y otros del delito de colusión. Reformando esta decisión la Sala condenó a Juan Metinelli Bernos, Oscar Saldaña Ruiz, Robert Diaz Candenillas como autores y a Nieves Sánchez Arce como cómplice.	El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia; si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena sola podrá anular el fallo de primera instancia.
07	Casación N° 722-2014-Tumbes , del 18 de mayo de 2016	Luis Fernando Ángeles fue absuelto en primera instancia por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado. En sentido diferente, la Sala Penal reformó dicha decisión, condenándolo a diecisiete años de pena privativa de libertad.	Ante la condena del absuelto, en segunda instancia, la solución jurídica aplicable viene dada por la Casación N° 194-2014-Ancash, es decir, la nulidad de primera y segunda instancia.
08	Casación N° 806-2014-Arequipa , del 31 de mayo de 2016	La Tercera Sala Penal de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que absolvió a Elena Arisaca Vilca como autora del delito de tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado, condenándola a quince años de pena privativa de libertad.	Con el fin de salvaguardar el derecho del condenado a recurrir el fallo, corresponde anular el fallo dictado e primera instancia y en segunda instancia.
09	Casación N° 530-2016-Madre de Dios , del 05 de julio de 2017	El Juzgado Penal Colegiado de Tambopata absolvió al procesado Ever Isuiza Alvarado, por el delito de actos contra el pudor, en agravio de las menores de iniciales LNOG y YMCG. Esta resolución fue revocada en segundo grado, fijando al encausado una pena de siete años de pena privativa de libertad.	El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia; si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena sola podrá anular el fallo de primera instancia y segunda instancia, a efectos de que se emita un nuevo pronunciamiento
10	Casación N° 2917-2015-Piura , del 28 de	La sentencia de vista revocó la decisión de primera instancia que absolvió al infractor Alex Córdova Chamba por la	Ante una decisión de segunda instancia que revoque la absolución de un adolescente y determine su responsabilidad,

	agosto de 2018	infracción a la ley penal contra el patrimonio, robo agravado, en agravio de Pedro Gallo Gutierrez.	debería existir una instancia superior que lo conozca, en donde se pueda cuestionar los hechos, ofrecer pruebas y rebatir las existentes. En caso la Sala Superior estime que existen elementos que determinen la participación del adolescente en el cargo de imputado, siendo que el juez de primera instancia no realizó una adecuada valoración, se deberá declarar nula la sentencia absolutoria de primera instancia y reenviarlo.
11	Casación N° 499-2014- Arequipa, de fecha 16 de marzo de 2016	En segundo grado, la Sala revocó la sentencia de primera instancia, a través de la cual se absolvió a Manuel Ascuña Chaverra y Luis Moscoso Valencia por el delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisel Valdivia Villalba, representada por su progenitora.	Considerando que el Juez no puede dejar de resolver, la única solución provisional posible es declarar nula la sentencia recurrida, pues de otra forma se afectaría el derecho al recurso. Sin embargo, la solución de anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia es excesiva, pues una de las facultades de la Sala de Apelaciones frente al recurso respecto a la sentencia absolutoria es confirmarla, conforme con el artículo 425° del Código Procesal Penal.

Las once (11) sentencias casatorias descritas se encuentran en contra de la aplicación de la regulación actual de la condena del absuelto, pudiendo distinguirse esta posición asumida por la Corte Suprema obedece a tres diferentes razones: **i)** aún no existe órgano judicial que pueda realizar la revisión de una condena en segunda instancia; **ii)** cuando se condene a un absuelto solo corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia; y, **iii)** ante una primera condena en segunda instancia se debe dictar la nulidad de la

sentencia condenatoria recurrida y confirmarse el fallo absolutorio de primera instancia.

Es así, que corresponde agrupar las sentencias casatorias de acuerdo a los tres criterios que la Corte Suprema asume para mostrarse en contra de la aplicación de la condena del absuelto, debiendo identificarse la ratio decidendi (razón para decidir) de cada una de ellas, a fin de analizarse si existe similitud en las decisiones asumidas.

Posición asumida	Sentencia Casatoria	Ratio decidendi
Posición 1 Aún no existe órgano judicial que pueda realizar la revisión de una condena en segunda instancia	Casación N° 280-2013 Cajamarca	No existe en nuestro ordenamiento procesal un órgano judicial que pueda resguardar en toda su amplitud el derecho a recurrir del sentenciado, toda vez que el recurso de casación al ser un medio impugnatorio extraordinario, por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y tiene un alcance limitado y tasado (en el que solo se puede hacer una evaluación netamente jurídica).
	Casación N° 385-2013 San Martín	El derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa en la medida que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una determinada decisión. Debiéndose dejar en claro que la casación es un recurso impugnatorio extraordinario, que no cumple el rol del recurso de apelación.
Posición 2 Ante la condena de un absuelto solo corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia	Casación N° 194-2014- Ancash	No se debate si condenar en segunda instancia es posible, pues sí lo es, pero se exige que si esa posibilidad existe, el condenado por primera vez en segunda instancia tenga a su disposición un recurso devolutivo donde el juzgador tenga facultades amplias de control.
	Casación N° 542-2014 Tacna	Ante una sentencia de vista que revoca la sentencia absolutoria de primera instancia, condenando al absuelto, no se cuenta con un recurso con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a impugnar este fallo condenatorio y tampoco existe una sala especializada que actúe como órgano revisor.
	Casación N° 454-2014- Arequipa	La Corte Suprema no tiene competencia para poder realizar una revisión integral, independientemente de la denominación que se le pueda dar al recurso, por lo que, mientras no se implemente ninguna de las

		propuestas de este tribunal corresponderá anular el fallo condenatorio de primera y segunda instancia.
	Casación N° 405- 2014- Callao	Un recurso con las características necesarias para satisfacer las exigencias del art. 14.5° del PIDCP implicaría la posibilidad de apelar el fallo de segunda instancia que condena por primera vez a quien fue absuelto en primera instancia.
	Casación N° 722- 2014- Tumbes	Ante una sentencia de vista que revoca una absolutoria de primera instancia, condenando al absuelto, el procesado no cuenta con un recurso con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a impugnar este fallo condenatorio y tampoco existe una sala especializada que actúe como órgano revisor.
	Casación N° 806- 2014- Arequipa	Con la condena del absuelto el procesado no cuenta con un recurso impugnatorio con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a recurrir ese fallo condenatorio ante un juzgador con facultades de control amplias.
	Casación N° 530- 2016- Madre de Dios	El imputado que fue absuelto en primera instancia y condenado en segunda instancia, habiéndose dado un valor distinto a la prueba personal actuada en primera instancia, restringe al condenado su derecho a impugnar ya que contra esta sentencia de vista no opera algún tipo de recurso impugnatorio que permita a un órgano superior revisar el fallo recaído en su contra.
	Casación N° 2917- 2015- Piura	El ejercicio amplio del derecho a la defensa no puede ser satisfecha aún cuando se tenga acceso al recurso de casación, toda vez que este tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema (finalidad nomofiláctica y uniformizadora).
Posición 3 Se aboga por decretar la nulidad de la sentencia condenatoria recurrida, prosiguiendo a confirmarse el fallo absolutorio de primera instancia	Casación N° 499- 2014- Arequipa	La facultad de confirmar la absolución puede ser ejercida incluso por la Corte Suprema en sede de casación para no afectar al procesado que debe ser absuelto, pues de otra forma se vulneraría el principio de plazo razonable, el cual busca que el tiempo en que se ve involucrado en un proceso penal no sea indefinido, o dure más allá de lo razonable.

En base a lo descrito, puede advertirse que, las tres posiciones que fundamentan la denegación de la aplicación de la condena del absuelto presentan una similitud, sustentan que la regulación actual de esta figura procesal afecta el derecho al recurso del condenado en segunda instancia, toda vez que no cuenta con una sala revisora que efectúe un examen integral de la sentencia de segunda instancia ni con un recurso – que no puede ser la casación- con las mismas características de la apelación. En este extremo, consideramos que, conforme la ratio decidendi identificada, a través de las sentencias citadas el Tribunal Supremo se ha decantado por interpretar a la pluralidad de instancia como una doble conforme, siguiendo la interpretación de la Corte IDH en el caso Mohamed vs Argentina, dejando de lado su contenido como doble instancia.

A su vez, a pesar de que en dichas sentencias se asume la interpretación del derecho a la pluralidad de instancia como doble conforme, no en todas la Corte Suprema termina por adoptar la misma decisión, siendo que en la Casación N° 280-2013-Cajamarca y Casación N° 385-2013-San Martín se pretende la creación de un órgano revisor de la condena del absuelto, sin especificarse el nombre de este (apelación horizontal o vertical) mientras que en el resto de sentencias (Casación N° 194-2014–Ancash, Casación N° 542-2014 Tacna, Casación N° 454-2014-Arequipa, Casación N°405-2014-Callao, Casación N°722-2014-Tumbes, Casación N°806-2014-Arequipa, Casación N°530-2016-Madre de Dios y Casación N° 2917-2015-Piura) se enfatiza que hasta no adoptarse ninguna de las propuestas efectuadas por la Corte (creación de un órgano revisor o instauración de un recurso ordinario) se debe resolver por la anulación de todo lo actuado (en primera y segunda instancia), precisándose que solo la Casación N° 499-2014-Arequipa opta por confirmar el fallo absolutorio de primera instancia, a fin de no dilatar el proceso.

B. Jurisprudencia a favor

De otro lado, cambiando la línea jurisprudencial expuesta, la Corte Suprema adoptó otro criterio, mostrándose a favor de la aplicación de la condena del absuelto, en ese sentido se emitieron las siguientes sentencias: 1) Casación N° 195-2012-Moquegua, 2) Casación N° 40-2012 Amazonas, 3) Casación N° 1379-2017-Nacional, 4) Casación N° 503-2018-Madre de Dios y 5) Casación N° 648-2018-La Libertad.

De las cuales, al igual que en el apartado anterior, se hace necesario realizar un recuento de los hechos y la posición adoptada frente a estos por el Tribunal Supremo.

Sentencias Casatorias a favor de la Condena del Absuelto			
N°	Casación	Hechos del caso	Posición adoptada
01	Casación N° 195-2012-Moquegua , de fecha 05 de setiembre de 2013	El Juzgado Penal Unipersonal de la provincia de General Sánchez Cerro dictó sentencia absolutoria contra Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Coayla Abaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar, por el delito de peculado; decisión que fue reformada por la Sala Penal, que interpuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida.	La Sala de Apelaciones está facultada legalmente para condenar en segunda instancia a un justiciable que fue absuelto en primera instancia, siempre y cuando exista una actuación probatoria en la audiencia de apelación con el fiel respeto del principio de inmediación y que la prueba actuada tenga suficiente entidad para enervar la inocencia del encausado.
02	Casación N° 40-2012-Amazonas , de fecha 19 de setiembre de 2013	En la cual una vez más se presenta el supuesto de condena del absuelto.	La condena del absuelto es constitucional.
03	Casación N° 1379-2017-Nacional ,	La sentencia de primera instancia absolvió a los ocho acusados por el delito de colusión y otros. La Primera Sala de Apelaciones Nacional	La legitimidad de la posibilidad de condenar al absuelto en primera instancia está en función de las notas características de la apelación,

	de fecha 28 de agosto de 2018	revocó en parte la decisión adoptada en primer grado, condenando por este delito a Villegas Angeldonis y Javier Rodríguez Vences.	como estructura, dimensión y de las particularidades de cada de cada situación procesal concreta.
04	Casación N° 503-2018-Madre de Dios , de fecha 02 de febrero de 2019	La sentencia de primera instancia condenó al imputado Luis Aguirre Pastor como autor del delito de malversación de fondos, pero al mismo tiempo lo absolvió del delito de peculado. La Sala Penal declaró inadmisibile el recurso de apelación formulado por el Ministerio Público y confirmó la decisión de primera instancia.	La doctrina jurisprudencial respecto a la condena del absuelto ha variado, siendo que en virtud de la Sentencia Casatoria N° 1379-2017 Nacional, bajo determinados presupuestos y límites, es enteramente factible condenar en segunda instancia al absuelto en primera instancia.
05	Casación N° 648-2018-La Libertad , de fecha 19 de marzo de 2019	En el año 2011 se absolvió a los imputados Elidio Espinoza Quispe y otros por la comisión del delito de secuestro agravado y homicidio calificado. En el año 2012 la Sala Penal declaró la nulidad de lo actuado y ordenó nuevo juicio. Con el segundo juicio oral nuevamente los procesados fueron absueltos en primera instancia y en segundo grado también se declaró la nulidad, ordenándose nuevo juicio oral. En el tercer juicio oral una vez más los encausados fueron absueltos en primer grado, y ya en segunda instancia se declaró la nulidad y se ordenó nuevo juicio oral.	El colegiado estima pertinente dejar sin efecto y declarar la nulidad de la sentencia de vista recurrida, con la finalidad de que se lleve a cabo una nueva audiencia de apelación en la que se tomen en consideración los parámetros de la Casación N° 1379-2017 Nacional, a fin de que, luego de esta, la Sala de Apelaciones emita una sentencia definitiva en la que se decante por la condena de los acusados absueltos o, en su defecto, ratifique la absolución de primera instancia.
06	Casación N°07-2009-Huaura , de fecha 24 de abril de 2009	En el año 2007, el Primer Juzgado Penal Colegiado decidió absolver al imputado Walther Alejandro García Jaimes, por el delito de violación sexual de menor de edad, en agravio del menor de iniciales I.R.N. La Sala Penal decidió declarar la nulidad de la sentencia absolutoria,	El colegiado resolvió declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del encausado contra la sentencia que revocó la sentencia de primera instancia que lo absolvía, y reformándola lo condenó a siete años de prisión.

		ordenando la realización de un nuevo juicio oral. En el 2008 se decidió absolver nuevamente al imputado, sin embargo, la Sala Penal resolvió revocar la segunda absolución emitida, y reformándola impuso siete años de pena privativa de libertad.	
07	Casación N° 280-2018- Madre de Dios , del 18 de mayo de 2018	En la sentencia de vista, la sala anuló la sentencia absolutoria dictada en primera instancia a favor del procesado Wilfredo Bravo Yapias, procesado por el delito de cohecho activo específico, en agravio del Estado y ordenó la realización de nuevo juicio oral.	El Tribunal Supremo considera que la prohibición de la condena del absuelto es sencillamente una opción jurídica, que no necesariamente puede estimarse una opción consolidada, más aún si la Sala Constitucional y Social Permanente ha desestimado las consultas que invocaba la legitimidad de dicho precepto.

De las sentencias referidas, se observa que estas a su vez pueden ser divididas en dos posiciones: i) La Sala Penal de Apelaciones está facultada para condenar al absuelto, y ii) La figura procesal no cuenta con una postura consolidada, las cuales, como es de verse, no se encuentran en contra de la aplicación actual de la condena del absuelto.

A su vez, una vez más, corresponde agrupar las sentencias casatorias de acuerdo a las dos posiciones o criterios que la Corte Suprema asume para mostrarse a favor de la aplicación de la condena del absuelto, debiendo identificarse la *ratio decidendi* (razón para decidir) de cada una de ellas.

Posición asumida	Sentencia Casatoria	Ratio decidendi
Posición 1 Sentencias que expresamente	Casación N° 195-2012-Moquegua	La justificación de la constitucionalidad de la condena del absuelto encuentra sustento en el tema de igualdad de las partes procesales.
	Casación N° 40-	Replica los fundamentos de la Casación N°195-2012 Moquegua.

indican que la Sala está facultada para condenar al absuelto	2012- Amazonas	
	Casación N° 1379- 2017- Nacional	La Sala Constitucional y Social de esta Corte Suprema, órgano competente en consultas sobre materia de inaplicación de normas con rango de ley, en su sentencia del 22 de octubre de 2015 afirmó la constitucionalidad de esta opción (condena del absuelto).
	Casación N° 503- 2018- Madre de Dios	Se señala de forma que expresa que se adopta el criterio vertido en la Sentencia Casatoria N° 1379-2017 Nacional.
	Casación N° 648- 2018-La Libertad	La valoración en segunda instancia puede llevarse a cabo sobre prueba apreciada con inmediatez en primera instancia sin necesidad de valorar nuevas pruebas en apelación, siempre que versen sobre las zonas abiertas cuando estas hayan sido apreciadas con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto.
Posición 2 Sentencias que dejan abierta la posibilidad la aplicación de la condena del absuelto en razón que la figura procesal no cuenta con una postura consolidada	Casación N° 07- 2009- Huaura	El colegiado estimó que el recurso de casación interpuesto por el condenado en segunda instancia no se ajustaba a ninguna de las causales taxativas prescritas en el CPP.
	Casación N° 280- 2018- Madre de Dios	El tribunal consideró que en el presente caso no existen razones valederas para acceder al conocimiento del presente recurso de casación.

De lo señalado puede afirmarse que, son cinco (05) las sentencias casatorias que expresamente se muestran a favor de la aplicación de la condena del absuelto, conforme su regulación actual, exponiendo que no se vulneraría el derecho al recurso del condenado en segunda instancia. Precisándose que, esta postura encuentra sus principales fundamentos en los contenidos de la Casación N° 195-2012-Moquegua, de

fecha 05 de setiembre de 2013 y la Casación N° 1379-2017-Nacional, de fecha 28 de agosto de 2018.

Es así que en la Casación N° 195-2012-Moquegua, la Corte Suprema acierta en señalar (ver f.j. 09) que el núcleo problemático reside en esclarecer si el derecho a la pluralidad de instancia en materia penal implica una doble conforme o una doble instancia (al margen de la parte que realice la impugnación). Así, el tribunal se decanta por compartir la posición del Tribunal Constitucional en el Expediente 4235-2010-PHC/TC, de fecha 11 de agosto de 2011, en donde se sostuvo que *“la instancia plural queda satisfecha con la duplicidad de instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas”*. Además, justifica la aplicación de la figura de la condena del absuelto entorno a la vigencia del principio igualdad de las partes, rector del proceso penal, el cual no puede ser concebido desmembrando las etapas y actuaciones procesales sino como un equilibrio en todo (entiéndase en todo el desarrollo del proceso).

En la misma línea, en la Casación N° 1379-2017-Nacional se sostiene que la legitimidad de la condena del absuelto está posibilitada en función de las notas características del recurso de apelación (estructura, dimensión y particularidades) y que incluso es aceptada en el derecho comparado, como el artículo 83°.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

1.2.11. Una solución viable a través de la interpretación

En base a lo desarrollado podemos afirmar que, la condena del absuelto encuentra justificación dentro nuestro ordenamiento legal siempre que el derecho a la pluralidad de instancia se interprete como una doble instancia más no como una doble conforme.

Como se señaló anteriormente, por las razones expuestas en el capítulo anterior, nuestra posición consiste en concebir a la pluralidad de instancia como una doble instancia, en donde el recurso de apelación se constituya como un medio de revisión íntegro para ambas partes procesales (imputado y agraviado), por lo que, no se haría necesario buscar una doble conforme. Bajo esta concepción, el *ad quem* no se limitaría a realizar una revisión de lo impugnado, sino que poseería poderes de control mayores para un juicio de apelación con mayor tendencia al modelo pleno, en el que se aplique el principio de igualdad procesal para ambas partes.

Ahora bien, resulta pertinente esbozar las razones por las cuales consideramos que los criterios a través de los cuales la Corte Suprema se muestra en contra de la aplicación de la condena del absuelto (conforme su regulación actual) resultan inválidos.

Respecto al primer argumento: aún no existe órgano judicial que pueda realizar la revisión de una condena en segunda instancia. Se debe señalar que, la necesidad de buscar un órgano o un recurso revisor de las sentencias condenatorias dictadas por el tribunal de apelaciones es consecuencia inmediata de la errónea interpretación de la pluralidad de instancia como doble conforme. De manera que, si nos disponemos a concebir la pluralidad de instancia como una doble instancia no surge motivo alguno para buscarse otro órgano o recurso que revise la decisión de segundo grado.

Además, en este extremo viene a colación las razones por las que no resulta factible la instauración de un órgano revisor (entiéndase creación de salas) del recurso de apelación, como tampoco la intención de concebir al recurso de casación como revisión del recurso de apelación.

Las creaciones de salas especiales para la revisión de las sentencias condenatorias en segundo grado pueden darse en dos sentidos: apelaciones verticales

(versión tradicional) y apelaciones horizontales (propuesta por Eugenia Ariano y Tuesta Silva).

Si bien la apelación horizontal parecería a primera vista una opción más factible que la apelación vertical, toda vez que, únicamente implicaría crear salas de apelaciones conformadas por colegiados superiores (no siendo necesarios que sean jueces supremos) que revisarían las sentencias condenatorias de segunda instancia (como una especie de apelación de la apelación), no generándose el problema que ocurriría con la apelación horizontal (la cual implica que el recurso superior, casación, se amplíe para revisar el íntegro de la apelación), consideramos que esta opción, además de continuar interpretando a la pluralidad de instancia como doble conforme, resultaría vulneratoria del principio de igualdad procesal, ya que se buscaría una doble confirmación de la sentencia condenatoria pero no una doble confirmación de sentencia absolutoria.

De igual forma, tratar de concebir al recurso de casación como medio revisión integral de decisión adoptada en segunda instancia no es viable, toda vez que, conforme explica el jurista alemán Claus Roxin (2000) la casación es un recurso limitado, donde la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal. Debiéndose precisar además que son múltiples las diferencias existentes entre la apelación y casación, las mismas que fueron descritas en el Expediente N° 2008-1272-15 (Caso Ccnahuire Adco), figurando entre las más notorias las siguientes: *i*) la apelación es un recurso judicial ordinario mientras la casación es extraordinaria, *ii*) en la segunda instancia se pueden revisar hechos y agregarse medios probatorios, lo que no puede realizarse ante la Corte Suprema, donde

no existe actividad probatoria, *iii*) La apelación se reduce a los intereses de las partes, pero la casación tiende a proceder en el solo interés de la ley (Arenas, 2011).

Además, el Comité de Derechos Humanos ha cuestionado los casos donde en España el condenado en segunda instancia recurrió a la casación para la respectiva revisión del fallo condenatorio, ejemplo de esto son los casos Cesáreo Gómez contra España, donde el Comité determinó que el recurso de casación debido a su limitado objeto no permite que el fallo condenatorio y la pena sean revisados íntegramente, y el caso Sineiro Fernández contra España, en donde la revisión se limitó a aspectos formales o legales de la sentencia (Oré, 2014).

En cuanto al segundo fundamento: cuando se condene a un absuelto solo corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia. Esta opción atenta contra los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso y al plazo razonable de ambas partes procesales, toda vez que conlleva al supuesto que se generen una y otra vez nulidades interminables, donde en reiteradas oportunidades se absuelva al procesado en primera instancia y no se condene en segunda instancia por no existir medio para cumplirse la doble conforme, tal como se ha suscitado en el caso Walther Alejandro García Jaimes (Ver Casación N°07-2009 Huaura) y el Escuadrón de la muerte (ver Casación N° 648-2018 La Libertad), supuestos que serán mejor abordados en el próximo capítulo.

Ante el tercer criterio: ante una primera condena en segunda instancia se debe dictar la nulidad de la sentencia condenatoria recurrida y confirmarse el fallo absolutorio de primera instancia. Debe señalarse que, esta es una facultad de la Sala de Apelaciones establecida en el art. 425.b del CPP, que prevé “*La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409°, puede: b) (...) Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia*

absolutoria”, lo cual significaría implícitamente que se estuviera confirmando la decisión absolutoria de primera instancia, por lo que, no advertimos el aporte de esta posición. Debiéndose precisar además que, el *ad quem* opta por la nulidad de primera y segunda instancia cuando no advierte elementos suficientes para estimar la inocencia o culpabilidad de los encausados, no siendo posible establecer que siempre que se presente una condena en segunda instancia el tribunal podrá contar con los medios probatorios suficientes para absolver al imputado.

Además, cabe mencionar que, si bien la Corte IDH, a través de las conocidas sentencias Herrera Ulloa vs Costa Rica y Mohamed vs Argentina, ha mostrado su posición de interpretar el derecho a la pluralidad de instancia como doble conforme, restringiendo la posibilidad de condenarse en segunda instancia, es de especial atención que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de casos como Constantinescu contra Rumanía, Almenar Álvarez contra España y Hernández Royo contra España, sí se muestra a favor de permitir la condena del absuelto.

1.2.12. Fundamentos para una nueva interpretación del derecho a la pluralidad

1.2.12.1. Análisis económico del derecho a la pluralidad de instancia

Debemos partir por señalar que el análisis económico del derecho se trata de la aplicación del método económico para entender las instituciones jurídicas (Bullard, 2002). A su vez, el análisis costo-beneficio es una metodología para evaluar de forma exhaustiva los costos y beneficios de un proyecto, con el objetivo de determinar si el proyecto es deseable en base a los beneficios netos para la sociedad en su conjunto; esta metodología muestra quién gana y quién pierde (y por cuánto) como resultado de ejecución de los proyectos (Ortega, 2012).

En tal sentido, a continuación, fundamentaremos las razones por las que contar con una pluralidad de instancia entendida como doble conforme no responde a los costos que genera:

a) Afectación al plazo razonable

Como señala Priori (2003) *“un tema muy relacionado con la pluralidad de instancias es la demora de los procesos judiciales, lo que hace que la justicia que tarda no sea justicia”* (p. 415). Por lo que, se hace necesario realizar un análisis sobre este extremo.

El derecho al plazo razonable consiste en que el proceso o procedimiento comprenda un lapso de tiempo que **resulte necesario y suficiente** para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que el caso concreto requiera, así como para el ejercicio de los derechos de las partes (Ver f. j. 07 de la STC 03776-2012-HC/TC y f. j. 09 del Expediente N° 01006-2016-PHC/TC).

En ese marco, corresponde preguntarnos si la pluralidad de instancia entendida como doble conforme respeta realmente el derecho al plazo razonable de las partes procesales, para ello es necesario traer a colación a los casos “Walther García Jaimes” (**Casación N°07-2009-Huaura**) y el conocido “Escuadrón de la muerte” (**Casación N° 648-2018-La Libertad**).

Así, se tiene que, en el caso que generó la Casación N° 07-2009-Huaura, de fecha 24 de abril de 2009, se declaró la nulidad del primer juicio oral y posterior reinicio de juicio, periodo de tiempo en el cual los medios probatorios actuados en el primer juicio carecieron de efecto alguno,

teniéndose que reiniciar todo el procedimiento debido en el juicio oral de segunda instancia.

Con peor suerte corrieron los hechos que generaron la Casación N° 648-2018-La Libertad, de fecha 19 de marzo de 2019, donde con la decisión casatoria adoptada por el tribunal, fueron en total tres veces en los que se dictó nulidad de todo lo actuado, la primera nulidad se dio en el año 2012, la segunda en el 2014, la tercera en el 2019, por lo que, hasta la fecha ya se han efectuado tres juicios orales. Debiendo precisarse que a la fecha, este caso, conocido mediáticamente como “El escuadrón de la muerte”, en el que se procesa al Ex Alcalde de la Municipalidad de Trujillo, Elidio Espinoza Quispe, atravesó su cuarto juicio oral, donde la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, a diferencia de las decisiones adoptadas anteriormente (en las que se optaba por la declarar la nulidad y ordenar nuevo juicio oral), el pasado 16 de setiembre de 2019, resolvió revocar la decisión de primera instancia (que absolvía a los encausados) y revocándola interpuso 30 años de pena privativa de Libertad contra todos los acusados.

En el caso referido, puede claramente apreciarse que, desde el 27 de octubre de 2007, fecha de comisión de los hechos materia de investigación, hasta la emisión de la sentencia condenatoria en segunda instancia, han transcurrido más de 11 años, periodo en el cual se han realizado un total de 04 juicios orales, en los que, como la propia Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de la Libertad ha sostenido, no se ha respetado el derecho al plazo razonable de las partes.

A su vez, esta dilación excesiva se ha generado precisamente por concebir al derecho a la pluralidad de instancia como una doble conforme, un claro ejemplo de ello, es que en el fundamento jurídico decimoséptimo de la Casación N° 648-2018-La Libertad, se señala que la Sala Penal Superior que dictó la tercera nulidad de lo actuado, ordenando la realización de un cuarto juicio oral, consideró que en ese caso se había acreditado la materialidad del delito y la responsabilidad penal de los procesados pero que no podía condenar a los acusados porque se vulneraría el derecho al recurso de los condenados ya que estos no contarían con un recurso de impugnación de hechos y pruebas.

En esa línea, Daniel Pisfil Flores (2015) señala que acoger la doble conformidad de la sentencia representaría la instauración de una “segunda tercera instancia”, así como convertir a la impugnación en una especie de regreso infinito ya que siempre se buscaría un tribunal superior de conformidad.

Además, debe señalarse que la vulneración del derecho al plazo razonable trae consigo la afectación al debido proceso, toda vez que, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01006-2016-PHC/TC, el derecho al plazo razonable es una manifestación del derecho al debido proceso.

De forma que, la pluralidad de instancia como doble conforme genera que el derecho al plazo razonable de las partes sea vulnerado, supuesto que no ocurriría al concebir a la pluralidad de instancia como una doble instancia, donde más bien se efectivizaría el derecho al plazo razonable.

b) Afectación a la tutela jurisdiccional efectiva: desperdicio de información

La tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal, en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, mientras que, en un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite que lo decidido judicialmente resulte eficazmente cumplido (f. j. 06 del Expediente N° 763-2005-PA/TC).

Además de ello, consideramos que la tutela jurisdiccional efectiva implica que el acceso al órgano judicial que se brinde a las partes se realice de forma eficiente, así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC (f. j. 29), precisando que *“la efectividad de la tutela atraviesa, prima facie, todos los contenidos del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional y se constituye en uno de sus elementos indispensables, no sólo en lo que se refiere al proceso de amparo (...)”*.

De esa forma, sostenemos que la pluralidad de instancia como doble conforme además de vulnerar el derecho al plazo (con el establecimiento de nulidades y nuevos juicios orales) trae como consecuencia accesoria la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes, toda vez que, conforme transcurre el tiempo se genera pérdida de información, habida cuenta que los medios probatorios (en especial las declaraciones testimoniales) corren el riesgo de perderse.

Tal es así, que resulta recurrente que en la instauración del segundo o tercer juicio oral no concurren todos los testigos citados, afectándose la

valoración jurídica que el *ad quo* o en su momento el *ad quem* puedan realizar.

Debiendo precisarse que, la doble instancia en los términos que planteamos permitiría que el riesgo de pérdida de información sea menor, toda vez que al no generarse nulidades innecesarias de lo actuado (las cuales se producían por buscar una doble conforme) se preservaría de mejor forma los medios probatorios de cada caso; cumpliéndose así con un sistema eficaz de recursos, conforme la propia Corte IDH señala en los casos *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, *Godínez Cruz vs Honduras* y *Baena Ricardo vs Panamá*.

c) Incremento de costos administrativos

Ahora bien, es de conocimiento público y notorio, que la realización de los procesos judiciales genera costos a las arcas estatales, siendo que hay un costo que cubrir desde el membrete de una hoja hasta la realización de un juicio en el que participa un tribunal colegiado, especialistas, secretarios, personal de limpieza, mantenimiento y gastos de enseres (materiales que se emplean).

Es así que, si ya la doble instancia (juicio en segundo grado) acarrea gastos considerables, la instauración de la doble instancia como doble conforme resulta ser extremadamente costosa, toda vez que, se incrementan los costos administrativos en todo sentido, sueldos (magistrados y asistentes), infraestructura, personal, notificaciones, mantenimiento, entre otros. Y lo peor es que se incurriría en un incremento de gastos sin justificación, ya que no existen fundamentos suficientes para interpretar a la doble instancia como doble conforme.

En este extremo resulta pertinente citar lo señalado por Proaño Cueva, quien cree que en el caso de que el tribunal superior nulifique la sentencia absolutoria de primer grado y no la revoque condenando al absuelto, el tribunal de primera instancia podría volver a absolver al condenado, con lo que el Ministerio Público apelará y nuevamente el Tribunal Superior volverá a nulificar la sentencia a efectos de que sea el Tribunal de primera instancia quien falle condenando al procesado, supuesto que deja la posibilidad de un eterno reenvío (Proaño, 2010). A su vez, este incesable reenvío generaría a todas luces un crecimiento desmesurado de los costos administrativos.

Consideramos que el innecesario incremento de costos administrativos podría conllevar a que, en un mediano o largo plazo, se generará una sobreexplotación del poder judicial, la cual perjudicaría la administración de justicia en nuestro país, más aún, considerando que esta ya presenta serias deficiencias en la actualidad.

1.2.12.2. Análisis costo – beneficio

En base a lo señalado, se puede afirmar que los costos que genera la doble conforme es mucho mayor a los beneficios que podría generar; siendo que, los costos que deberían pagarse por la vigencia de la pluralidad de instancia como doble conforme son los siguientes: a) Afectación al derecho al plazo razonable y debido proceso, b) Vulneración a la tutela jurisdiccional efectiva, c) Incremento injustificado de costos administrativos.

Es así que, existen figuras procesales (doble conforme) que aparentemente se presentarían como garantía de las garantías pero que en realidad afectan la vigencia de derechos.

Como señala Priori *“Lo trascendente es que el medio sea adecuado para alcanzar el resultado. No que el medio se respete sin importar el resultado”* (2003.p. 278), de forma que, la pluralidad de instancia entendida como una doble conforme (medio) ni siquiera alcanza el resultado para el que se supone está prevista, garantizar la revisión, generando más bien afectación de otros derechos.

1.2.12.3. Hacia una nueva interpretación del derecho a la pluralidad de instancia en el CPP: respuesta a la condena del absuelto (nuestra propuesta)

En este extremo es necesario abordar los dos puntos principales de nuestra propuesta: a) La pluralidad de instancia como doble instancia y no como doble conforme, y b) La instauración de una declaración interpretativa al art. 14°.5 del PIDCP.

Respecto al primer punto de nuestra propuesta, interpretar al derecho a la pluralidad de instancia como doble conforme, cabe señalar que en realidad esta no es auténtica ni mucho menos innovadora, toda vez que existen diversos autores (Montero Aroca, Doig Diaz, Tuesta Silva, Pisfil Flores, Quispe Aquispe) que comparten esta posición, sin embargo, la particularidad de nuestra propuesta reside en enfocar la pluralidad de instancia a partir de la discusión generada entorno a la condena del absuelto, efectuando una interpretación histórica y un análisis costo beneficio.

Así, la interpretación de la pluralidad de instancia como doble conforme encuentra uno de sus principales fundamentos en el estudio desarrollado por Doig Diaz (citado por Nuñez, 2012, p.34), quien, conforme se ha detallado, señala que tomándose distancia de la doctrina anglosajana - que ha dado origen al artículo 14°.5 del PIDCP- se logra concebir al derecho a la doble instancia como una regulación que actúa a favor de los intereses de la sociedad, así como de la víctima del delito, no siendo exclusivo del imputado, garantizándose así el principio de igualdad.

En esa línea, Daniel Pisfil Flores (2015) señala que el mito de la “doble conformidad de la sentencia” es ajeno a nuestro sistema procesal, por lo que, dada nuestra realidad jurídica y evolución de nuestra reforma procesal, no debe realizarse una interpretación literal de los pactos internacionales de derechos humanos. Y precisamente en este extremo, viene a colación el segundo punto o aspecto de nuestra propuesta, la cual consiste en plantear una declaración interpretativa del artículo 14°.5 del PIDCP.

La declaración interpretativa, en palabras de autores clásicos como Anzilotti, se entiende como una manifestación de voluntad de un Estado en el sentido de aceptar *“determinadas condiciones solamente dentro de ciertos límites o con ciertas modalidades, atribuyéndole un sentido determinado y no otro”* (citado por Arteaga, 2000, p. 83).

En tal sentido, habida cuenta que de acuerdo a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política, los derechos se interpretan de conformidad con tratados y acuerdos internacionales, correspondería interpretar el derecho a la pluralidad de instancia conforme la regulación del art. 14°.5 del PIDCP, así como de acuerdo a la línea interpretativa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado al respecto (Caso Mohamed vs Argentina y otro), donde se ha mostrado la posición de interpretar a la pluralidad de instancia o el derecho al recurso como una doble conforme.

Al respecto, consideramos que a fin de no incurrir en una especie de rehusamiento a lo citado convendría optar por una declaración interpretativa del art. 14°. 5 del PIDCP, la cual se daría conforme lo siguiente:

Dispositivo normativo del art. 14.5° del PIDCP	Declaración interpretativa peruana
---	---

<p><i>“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”</i></p>	<p>“Toda persona tiene derecho a recurrir el fallo (condenatorio o absolutorio) ante un tribunal que efectúe una revisión con plena igualdad procesal, considerándose como recurso ordinario de revisión integral para ambas partes la doble instancia”.</p>
---	--

Debiendo puntualizarse que, la declaración interpretativa descrita encuentra sentido siempre que se conciba a la pluralidad de instancia como una doble instancia, donde el recurso de apelación funciona como una revisión integral de la primera instancia.

Es necesario señalar que, en el caso de Alemania, este Estado planteó reservas al artículo 14, inciso 5 del PIDCP, dado que en su legislación interna se comprendía con anterioridad los procesos de instancia única (Oré, 2014). En sentido similar, en setiembre del 2009, España ratificó el Protocolo N° 07 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, el cual comprende la posibilidad de condenar al previamente absuelto, obteniéndose una suerte de excepción al artículo 14°.5 del PIDCP (Oré, 2014).

Al respecto, consideramos que, el planteamiento de reservas no es una solución viable para tratar de escapar de los alcances del artículo 14°.5 del PIDCP, toda vez que a través de estos se exceptúa la aplicación de dicho dispositivo para nuestro ordenamiento y no se logra reflejar la posición interpretativa que adoptamos respecto al derecho al recurso o la pluralidad de instancia; mientras que con las declaraciones interpretativas se continúa aceptando la aplicación del dispositivo jurídico para nuestro ordenamiento pero precisando los alcances interpretativos dentro de nuestra jurisdicción.

A partir de lo expuesto, podemos afirmar que la discusión generada en torno a la aplicación de la regulación actual (sin existir órgano revisor de la condena en segunda instancia) de la condena del absuelto se ve concluida cuando se deja de lado el criterio de concebir a la pluralidad de instancia como doble conforme y más bien se empieza a interpretarla como doble conforme, además de, optarse por la dación de la citada declaración interpretativa.

Finalmente, resulta pertinente citar las palabras de Priori (2003), quien señala que:

Se olvida que más allá del proceso hay un ser humano. Se olvida también que hay una dignidad humana y unos derechos fundamentales que con el proceso muchas veces se hacen pedazos, porque el proceso y sus institutos con frecuencia han sido elaborado en el escritorio, delante de miles de libros, en una biblioteca sin aquellas ventanas que sería necesario tener siempre abiertas para que el procesalista recuerde, cada segundo de trabajo y de reflexión, que fuera de esa biblioteca hay una sociedad que clama e implora por justicia, que clama por algo tan esencial y simple a la vez que el procesalista, imbuido en tantos conceptos, parece no entender. (p.405)

Es así que, se hace necesario dejar de negar la posibilidad de aplicar la condena del absuelto bajo argumentos (respecto del derecho al recurso) que en realidad no responden a nuestra evolución procesal, sistema procesal, ni nuestra realidad jurídica.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Explicar que la aplicación de la figura de la condena del absuelto en el proceso penal peruano no vulnera el derecho a la pluralidad de instancia.

1.3.2. Objetivos específicos

Nuestros objetivos específicos son los siguientes:

- Analizar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en torno a la pluralidad de instancia; y, a partir de ellas, examinar y delimitar el contenido del derecho a la pluralidad de instancia, en su relación con la condena del absuelto.
- Fundamentar que la actual redacción de la figura procesal de la condena de absuelto es suficiente para poder aplicarse sin ninguna modificación.
- Explicar que la aplicación de la condena del absuelto no vulnera derechos de carácter constitucional de ninguna de las partes procesales.
- Analizar las sentencias casatorias emitidas en torno a la condena del absuelto, y a partir de ellas, establecer un criterio de interpretación que haga posible aplicar la figura.

1.4. Ámbito, población y muestra

1.4.1. Determinación del ámbito

Nuestro principal objeto de investigación es una figura procesal aplicable en todo el país, dado que se encuentra regulada en el Código Procesal Penal, ésta última con rango legal; razón por la cual, indicamos que el ámbito geográfico comprendió el territorio nacional.

En ese mismo sentido, el ámbito nacional también es aplicable, al haber trabajado con sentencias en casación emitidas por la Corte Suprema, que básicamente resuelven procesos penales suscitados en todo el territorio nacional.

1.4.2. Población

Conformada por las sentencias en casación emitidas por la Corte Suprema de la República, en relación a la condena del absuelto, las mismas que han sido trabajadas en base a las sentencias emitidas por las diferentes Salas Superiores a nivel nacional.

1.4.3. Selección de la muestra

En base a los objetivos planteados en nuestra investigación, y a fin de poder tener una base jurisprudencial que refuerce nuestra interpretación sobre la condena del absuelto; en la investigación se han consultado diecinueve sentencias en casación emitidas por la Corte Suprema de la República.

No obstante, es preciso especificar que, de las diecinueve sentencias consultadas, dieciocho sentencias son emitidas por las Salas Supremas Penales (Permanente y Transitoria), y una sentencia es emitida por la Sala Civil Permanente, que versa sobre la condena del absuelto en procesos contra menores infractores de la ley penal.

CAPITULO II. MARCO METODOLÓGICO

2.1. Método de investigación

Al ser un trabajo científico, el método de investigación que se utilizó fue el inductivo – conceptual, en razón de que se parte del análisis de un fenómeno particular, en la que, conforme indica Ortiz Ayala (citado por Sanpieri, 2014, p. 381), se “pueden encontrar similitudes en otro, permitiendo entender procesos, cambios y experiencias”, ello en base a conceptos específicos.

Asimismo, se utilizó el método histórico para poder entender mejor la institución estudiada, desde sus bases históricas.

Se aplicó el método analítico – sintético, por cuanto del fenómeno estudiado se analizan las categorías y se sistematizan los resultados.

La presente investigación es no experimental, por cuanto solo se describirán los problemas, dado que se va a “observar fenómenos tal como se dan en su contexto natural, para analizarlos” (Glossary of the Social and Behavioral Sciences, citado por Sanpieri, 2014, p. 152).

2.2. Técnicas e instrumentos

Nuestra investigación demandó el uso de técnicas de recolección de información mediante el análisis documental. A partir de ello, nuestras fuentes serán documentos escritos, orales, estadísticos y –de ser el caso– filmicos.

Asimismo, se utilizaron sub técnicas de lectura rápida, fichaje y análisis de contenido.

Respecto a los instrumentos, utilizamos fichas de análisis, la lista de cotejo y el diagrama de Gantt, éste último como instrumento de planificación de la presente investigación.

2.3. Procedimiento

En la presente investigación no se han recopilado datos estadísticos o de laboratorio, solo se cuenta con información documental, situación por la que no será posible realizar técnica de procesamiento alguno, dado que la misma no responde a los criterios de la investigación.

Sin embargo, sí se realizó una categorización respecto a los resultados hallados. Es así que, atendiendo a la figura procesal de la condena del absuelto como nuestro objeto y problema de estudio, el plan de categorización consistió en identificar ciertas categorías e instituciones jurídicas relacionadas a la misma y sistematizarlas en relación a la utilidad que implicaba en nuestra investigación.

Al trabajar con sentencias casatorias, las mismas que fueron pretexto para visibilizar la práctica forense sobre la figura estudiada. Se sistematizó entre aquellas sentencias en contra y aquellas a favor de la aplicación de la condena del absuelto en el proceso penal peruano.

Entre las sentencias en contra de la aplicación de la condena del absuelto, identificamos tres criterios o razones para esta negativa. De entre ellas, sistematizamos, en aquellas que: *i*) se oponen en razón de que aún no existe órgano judicial que pueda realizar la revisión de una condena en segunda instancia; *ii*) niegan la posibilidad de condenar al absuelto, indicando que solo corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia, precisando además, que ésta es la posición mayoritaria en la actualidad; y, *iii*) se aboga por decretar la

nulidad de la sentencia condenatoria recurrida, prosiguiendo a confirmarse el fallo absolutorio de primera instancia.

Asimismo, entre las sentencias a favor de la aplicación de la figura procesal, se encontraron: por un lado, aquellas sentencias que expresamente indican que la Sala está facultada para condenar al absuelto; y, por otro lado, aquellas otras sentencias que dejan abierta la posibilidad la aplicación de la condena del absuelto en razón que la figura procesal no cuenta con una postura consolidada.

Finalmente, categorizando la jurisprudencia que sirvió en la redacción del presente trabajo, y a fin de poder brindar al lector un cuadro en el que encuentre el estado de cosas sobre la condena del absuelto, a nivel jurisprudencial, se realizó el siguiente cuadro:

En contra	i) En razón de que aún no existe órgano judicial que pueda realizar la revisión de una condena en segunda instancia	Casación N° 280-2013 Cajamarca y Casación N° 385-2013 San Martín
	ii) Niegan la posibilidad de condenar al absuelto, indicando que solo corresponde la anulación de todo el proceso hasta el inicio del juicio oral de primera instancia (posición mayoritaria en la actualidad)	Casación N° 194-2014 Ancash, Casación N° 542-2014 Tacna, Casación N° 454-2014 Arequipa, Casación N° 405-2014 Callao, Casación N° 722-2014 Tumbes, Casación N° 806-2014 Arequipa, Casación N° 530-2016 Madre de Dios y Casación N° 2917-2015 Piura
	iii) Se aboga por decretar la nulidad de la sentencia condenatoria recurrida, prosiguiendo a confirmarse el fallo absolutorio de primera instancia	Casación N° 499-2014 Arequipa
A favor	i) Sentencias que expresamente indican que la Sala está facultada para condenar al absuelto	Casación N° 195-2012 Moquegua, Casación N° 40-2012 Amazonas, Casación N° 1379-2017 Nacional, Casación N° 503-2018 Madre de Dios y la Casación N° 648-2018 La Libertad

	ii) Sentencias que dejan abierta la posibilidad la aplicación de la condena del absuelto en razón que la figura procesal no cuenta con una postura consolidada	Casación N° 07-2009 Huaura y Casación N° 280-2018 Madre de Dios
--	--	---

CAPITULO III. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Nuestra investigación, mediante el análisis de disposiciones normativas nacionales y extranjeras, doctrina y jurisprudencia, estudió a detalle la figura procesal de la condena del absuelto, conforme ha sido regulada en los artículos 419.2 y 425.3.b del Código Procesal Penal y su relación con el derecho a la pluralidad de instancia.

a. Respeto a la pluralidad de instancia

Se indicó, en principio, que era un derecho constitucional reconocido, con amplio desarrollo jurisprudencial; no obstante, a efectos de poder trabajar mejor el referido derecho en su relación con la figura procesal de la condena del absuelto, se tuvo que determinar el contenido constitucionalmente protegido del mismo.

En ese sentido, se criticó que jurisprudencialmente, se haya entendido a la doble conforme como contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia, puesto que la *doble conforme* es una figura con antecedentes y naturaleza anglosajona, que maneja una lógica de proceso diferente al nuestro, por tanto no debe ser aplicada en nuestros procesos.

Entendemos que en ese marco debe leerse lo realizado por la Corte IDH, quien ha indicado, a través de su jurisprudencia (caso Mohamed vs Argentina), que se debe buscar la doble conforme en los procesos penales, situación de la cual discrepamos y realizamos una mirada crítica, lo cual hemos fundamentado líneas arriba.

Finalmente, habiendo mencionado todo ello, en este extremo solo queda enfatizar en la importancia de limitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia. En el presente trabajo, se ha arribado a la conclusión de que el **contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia es la doble instancia y no la doble conforme**, manteniendo una posición crítica sobre el desarrollo jurisprudencial que apuesta por esta última.

b. Respecto a la condena del absuelto

Se indicó que existían tanto, posiciones a favor y en contra, no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia, la misma que fue sistematizada para un mejor entendimiento del problema, visibilizándose de esta manera los discursos existentes sobre la materia.

A través de la revisión de jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la República, se ha confirmado que efectivamente, si bien la figura existe descrita en el Código Procesal Penal peruano, en la práctica forense es muy controversial su aplicación, lo que a las finales genera su ineficacia.

En nuestra pregunta principal (norteadora), nos preguntábamos la posibilidad de poder aplicar la condena del absuelto conforme la actual redacción de los artículos 419.2 y 425.3.b del CPP, que expresamente indican:

Artículo 419.2°:

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

Artículo 425.3.b °:

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

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

modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.”

Conforme lo desarrollado en la presente investigación, podemos afirmar que sí es posible revocar la sentencia y condenar al absuelto en primera instancia, sin que ello suponga una vulneración al derecho de pluralidad de instancia o al derecho de defensa o de recurso.

En principio, precisamos que el principal problema, y razón principal por la que no se aplica la figura procesal es la mala interpretación que se realiza a ambos textos normativos. Y es que, la interpretación implica “atribuir significado a los textos normativos” (Guastini, 2016, p. 86), las mismas que ayuden a hacer viable la mejor aplicación y disfrute de un derecho, o en su defecto, limitar lo más posible la restricción de la misma.

También se ha indicado que la confusión existente entre la doble instancia y la doble conforme ha sumado al problema de la falta de aplicación de la figura procesal. Y ello a partir de la errónea diferenciación entre sistemas normativos que en sí distan de ser parecidos, con ello hacemos referencia al sistema Common Law y al Civil Law.

Esta confusión de figuras en ambos sistemas ha venido irremediablemente en la inaplicación de la condena del absuelto. En este punto se esbozó una crítica a la Corte IDH que, desde nuestra perspectiva, no diferenció bien la condena del absuelto en nuestro sistema procesal.

Y es así que, en casos, como el del señor Mohamed versus Argentina, que distan mucho de nuestro sistema de justicia. Terminan siendo el baremo que establece la Corte IDH para inaplicar la figura de la condena del absuelto.

Habiendo indicado todo ello, y a su vez, habiendo realizado el análisis de los derechos que siempre indican los críticos a la figura de la condena del absuelto, que terminan lesionando (derecho a la pluralidad de instancia, defensa, recurso, debido proceso); se ha determinado que, bien llevado un proceso penal, es decir, ampliando los márgenes de actuación en segunda instancia, se podría sin ningún problema revocar una sentencia de primera instancia y pronunciarse por la absolución o condena.

Bajo lo referido, consideramos que la actual redacción no debe ser modificada, simplemente, siguiendo las Sentencias Casatorias que habilitan la aplicación de la condena del absuelto, se debe unificar criterios respecto a esta figura, puesto que en la actualidad se vienen registrando procesos penales que a todas luces terminan vulnerando derechos de los procesados. No debemos olvidar que en el proceso penal, la parte más fuerte siempre es la que maneja el monopolio de la fuerza, en ese sentido, el Estado, a través de su Poder Judicial debería uniformizar criterios respecto a este punto, e impedir que los procesos inicien una cantidad de veces que vulnere el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

CONCLUSIONES

1. La regulación actual de la condena del absuelto prevista en los artículos 419.2° y 425.3°, literal b) del CPP, contrario a lo sostenido en múltiples sentencias casatorias (Casación N° 280-2013-Cajamarca, Casación N° 385-2013-San Martín, Casación N° 194-2014–Ancash, Casación N° 542-2014-Tacna, Casación N° 454-2014-Arequipa, Casación N°405-2014-Callao, Casación N°722-2014-Tumbes, Casación N°806-2014-Arequipa, Casación N°530-2016-Madre de Dios y Casación N° 2917-2015-Piura) no vulnera el derecho al recurso o la pluralidad de instancia del imputado condenado en segunda instancia, toda vez que, este derecho contempla como contenido constitucionalmente protegido a la doble instancia más no a la doble conforme.
2. Se puede afirmar que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia es la doble instancia a través de lo establecido en las sentencias del Tribunal Constitucional: Exp. N° 604-2001-HC/TC, STC N° 03261-2005-AA/TC, Exp. N° 6149-2006-PA/TC, STC N° 6662-2006-PA/TC, Consulta N° 2491- 2010 Arequipa y Consulta N° 15852-2014 Junín, donde de forma expresa se ha señalado que la pluralidad de instancia se ve compuesta con una doble instancia más con una tercera o más instancias ordinarias.
3. La pluralidad de instancia como doble instancia significa que interpretemos la regulación actual del art. 139.3° de la Constitución Política del Perú considerando que con un doble grado de instancia (recurso de apelación) se cumple el derecho a la pluralidad de instancia para ambas partes, toda vez que el *ad quem* debe realizar un examen integral de todo lo actuado. Esto a su vez, únicamente implica ampliar nuestro modelo de apelación a uno con mayor tendencia al pleno, donde se otorguen

mayores poderes al tribunal revisor (se permita efectuar una revaloración de la prueba y no solo controlar la valoración probatoria de primera instancia, así como se pueda otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal, y se conceda al *ad quem* la facultad de actuar prueba de oficio cuando existan lagunas probatorias).

4. Un examen de costo-beneficio demuestra que, a diferencia de la doble instancia, la pluralidad de instancia como doble conforme sí vulnera diversos derechos de las partes, como son el derecho al plazo razonable, derecho al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, y que inclusive, conlleva a un gasto desmesurado de costos administrativos.
5. Contrario a la posición adoptada por un sector considerable de la doctrina peruana, la regulación vigente de la figura de la condena del absuelto no necesita modificaciones para interpretarse en concordancia con los derechos de las partes procesales (derecho al recurso o pluralidad de instancia) sino que más bien únicamente es necesario optar por una interpretación del derecho a la pluralidad de instancia que corresponda a nuestro sistema procesal. Por lo que, debemos alejarnos de la interpretación de la pluralidad de instancia como doble conforme que es de tendencia anglosajana, la cual es aplicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su línea jurisprudencial.

RECOMENDACIONES O SUGERENCIAS

1. La regulación actual de la figura de la condena del absuelto no necesita modificarse ni mucho menos derogarse, toda vez que el problema de su aplicación reside en la interpretación que brindamos al derecho a la pluralidad de instancia.
2. Es innecesario impulsar la instauración de un recurso o un órgano revisor de la condena del absuelto, ya que esto significaría continuar aplicando la condena del absuelto en consonancia al derecho a la pluralidad de instancia como doble conforme cuando debería ser como doble instancia.
3. La interpretación que realizan nuestros órganos judiciales no debe seguir la línea jurisprudencial anterior a la Casación N° 195-2012 Moquegua y N° 1379-2017-Nacional, en donde se concebía a la pluralidad de instancia como doble conforme.
4. La Corte Suprema debería emitir, además de las sentencias casatorias donde se ha pronunciado a favor de la viabilidad de la aplicación de la condena del absuelto, un pronunciamiento adicional en el que se detallen los fundamentos por los cuales esta figura procesal no vulnera el derecho al recurso del imputado, siendo que, la sentencia próxima a emitirse en el caso “Escuadrón de la muerte” podría ser la oportunidad para ello.
5. A efectos de no incurrir en una especie de rehusamiento al art. 14.5° del PIDCP, así como de la línea interpretativa de la Corte IDH, respecto al derecho al recurso, sería favorable establecer una declaración interpretativa respecto a dicho dispositivo normativo, el mismo que se realizaría en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho a recurrir el fallo (condenatorio o absolutorio) ante un tribunal que efectúe una revisión con plena igualdad procesal, considerándose como recurso ordinario de revisión integral para ambas partes la doble instancia”*.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Alvaro de Oliveira, C. (2007). *Del Formalismo en el Proceso Civil (Propuesta de un formalismo- valorativo)*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Arbulú Martínez, V. (2015). *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Tomo III. Lima, Perú. Gaceta Penal.
- Ariano Deho, E. (2015). *Impugnaciones Procesales*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Ariano Deho, E. (2016). Apelación. En: Cavani, R. (Ed.) *Código Procesal Civil Comentado (Tomo III)*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Bernal Pulido, C (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Burgos Mariño, V., Mixán Mass, F., Schonbohm, H., y Rodríguez Hurtado, M. (2007). *Teoría y práctica para la reforma procesal penal*. Trujillo, Perú: Ediciones BLG.
- Cavani Brain, R. (2014). *La nulidad en el proceso civil*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Cavani Brain, R. (2018). *Teoría Impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Damaska, M. (2010). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Doig Díaz, Y. (2005). El recurso de apelación contra sentencias. En: Cubas Villanueva, V., Doig Díaz, Y., Quispe Farfán, F. (Coord.). *El nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Guardia Arsenio, O. (2014). *Teoría y técnicas procesales. El Recurso de Apelación penal*. Trujillo, Perú: Ediciones BLG E.I.R.L.
- Guastini, R. (2016). *Fuentes del Derecho. Fundamento Teórico*. Lima, Perú: Editorial Científica Peruana S.A.C.
- Hernández Sanpieri, R., Fernández Collado, C. y Bastista Lucio, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. México D.F, México: McGraw-Hill Interamericana.

- Ibáñez Frocham, M. (1969). *Tratado de los recursos en el proceso civil: Doctrina, Jurisprudencia y Legislación comparada* (Cuarta ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.
- López Yagües, V. (2015). La prueba en la segunda instancia. En: Priori Posada, G. (Ed.) *Libro de Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución: El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Louftay Ranea R. y Ernesto Solá. (2013). En: Midón, M. S. (Dir.). *Tratado de los Recursos. Libro en homenaje al Prof. Adolfo A. Rivas* (Tomo II). Santa Fe, Argentina: Rubinzal y Culzoni.
- Loutayf Ranea, R. (1989). *El Recurso de Apelación en el proceso civil*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Marinoni, L. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Medina Guerrero, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (Primera ed.). Madrid, España: Editorial Mcgraw-Hill.
- Mitidiero, D. (2009). *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*. Lima, Perú: Librería Communitas E.I.R.L.
- Mixán Mass, F. (1993). *Derecho Procesal Penal*. Trujillo, Perú. BLG.
- Neyra Flores, J. (2015). El recurso de apelación en el Código Procesal Penal 2004. En: Priori Posada, G. (Ed.). *Libro de Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Derecho y Constitución “Proceso y Constitución: El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Nuñez Pérez, F. (2013). *La Condena del imputado absuelto en instancia única*. Lima, Perú: Editorial Grijley EIRL.
- Rangel Dinamarca, C. (2009). *La instrumentalidad del proceso*. Lima, Perú: Communitas E.I.R.L.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. (Córdova, G. y Pastor, D. Trad.). Buenos Aires, Argentina: Editores Del Puerto S.R.L.

- Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. (Tomo V). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M. (2009). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho* (Décima ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- San Martín Castro, C. (2006). *Derecho Procesal Penal*. (Segunda Ed.). Lima, Perú: Grijley.
- San Martín Castro, C. (2012). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima, Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales y Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima, Perú: Iakob Comunicadores & Editores S.A.C.
- Talavera Elguera, P. (2004). *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Editorial Grijley.
- Vargas Ysla, R. (2015). *La Condena del absuelto y el derecho al condenado a un recurso amplio e integral*. Lima, Perú: Editorial Rodhas.

Revistas

- Bullard, A. (2002). Esquizofrenia jurídica. El Impacto del análisis económico del derecho en el Perú. *Revista Themis* (Tomo N° 44).
- Castillo Córdova, L. (2014). El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. *Foro Jurídico* (Tomo N° 13).
- Gisber Pomata, M. (2012). Consideraciones sobre la segunda instancia en el proceso civil español. *Revista Derecho & Sociedad* (Tomo N° 38).
- Manrique Hernan, J. (2005). Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: una visión desde la perspectiva de efectiva tutela jurisdiccional. *Revista Foro Jurídico*. (Tomo N° 04).
- Monroy Galvéz, J. (1995). La representación técnica o judicial del abogado y el recurso de apelación. *Revista Ius Et Veritas* (Tomo N° 10).

- Priori Posada, G. (2003). Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. *Revista Advocatus*, (Tomo N° 9).
- Priori Posada, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius Et Veritas*, vol. 13 (núm. 26).
- Salazar Laynes. (2008). El contenido esencial de los derechos constitucionalmente protegidos. *Revista Foro Jurídico* (Tomo N° 08)
- Pisfil Flores, D. (2015). La condena al procesado previamente absuelto y la relevancia de los principios de inmediación y contradicción. A propósito de la Casación N° 195-2012 (Moquegua). *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal* (Tomo N° 69).
- Salas Arenas, J (2011). Función de revisión de mérito del fallo condenatorio respecto de quien fue absuelto en primera instancia de juzgamiento. *Revista Gaceta Procesal Penal*. (Tomo 27).
- San Martín Castro, C. (2002). El recurso de apelación penal: los casos peruano y chileno. *Revista Taller de Derecho* (Tomo I).

Tesis

- Álvarez Bocanegra, C. (2018). *Adecuación legislativa de la condena del absuelto conforme a la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. (Tesis de pregrado). Universidad Cesar Vallejo. Lima.
- Balboa Sarmiento, C. (2015). *La condena del absuelto en segunda instancia y la vulneración del principio de la pluralidad de instancias*. (Tesis de pregrado). Universidad Alas Peruanas. Arequipa, Perú.
- Carlos Sáenz, E. & Chávez Urdiales, F. (2018). *La condena del absuelto: Una propuesta para otorgarle la facultad de interponer un medio impugnatorio ordinario*. (Tesis de pregrado). Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Cajamarca, Perú.
- Castro Castillo, E. (2018). *La condena del absuelto y la pluralidad de instancia* (Trabajo Académico para optar por el grado de segunda especialidad en Derecho). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

- Espínola Otiniano, H. (2015). *Efectos de la condena del absuelto en aplicación de los arts. 419 inc.2 y 425 inc. 3 literal B del Código Procesal Penal del 2004*. (Tesis de maestría). Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo, Perú.
- Fernández Pérez, J. & Castillo Rojas, R. (2014). *La Condena del Absuelto y el derecho al recurso según el artículo 425°, inciso 3, literal b del Código Procesal Penal en la ciudad de Chiclayo*. (Tesis de pregrado). Universidad Señor de Sipán. Lambayeque, Perú.
- Guerrero Saavedra, J. (2017). *La Condena del imputado absuelto y el recurso de Casación Penal*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Lambayeque, Perú.
- Huamán De la Cruz, P. (2019). *La condena del absuelto en la jurisprudencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en los años 2012-2016*. (Tesis de posgrado). Universidad San Martín de Porres. Lima, Perú.
- Maco Cano, D. (2014). *Análisis y síntesis de la constitucionalidad de la figura de la condena del absuelto, y vulneración al principio de pluralidad de instancias, en concordancia con los artículos 419.2 y 425.3.b del Código Procesal Penal del año 2004*. (Tesis de pregrado). Universidad Católica de Santa María. Arequipa, Perú.
- Morales Aniceto, J. & Orillo Moreno, A. (2018). *El recurso de casación y la garantía del derecho a un recurso amplio en los casos de condena del absuelto en el Código Procesal Penal de 2004*. (Tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo, Perú.
- Nunuvero Vargas, L. (2018). *La condena del absuelto y su reformulación a partir del derecho a la instancia plural*. (Tesis de pregrado). Universidad Autónoma del Perú. Lima, Perú.
- Núñez del Prado Chaves, F. (2014). *Desmitificando mitos: Análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
- Sánchez Aranda, A. & Rojas Cueva, S. (2012). *La violación a la garantía de la pluralidad de instancia que ocasiona el artículo 425 inciso 5 del Código Procesal Penal en el caso de la condena del absuelto*. (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo, Perú.

- Tuesta Silva, W. (2010). *La Racionalidad Funcional de la garantía de la doble instancia*. (Tesis). Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.
- Vera Palacios, F. & Soplapuco Guerrero, Y. (2017). *La Condena al absuelto en el Nuevo Código Procesal Penal. Periodo 2012-2014*. (Tesis de pregrado). Universidad Señor de Sipán. Chiclayo, Perú.
- Villasante, N. & Yupanqui, M. (2011). *La condena del absuelto en el Código Procesal Penal 2004* (tesis de maestría). Universidad Nacional de San Marcos. Lima, Perú.

Material Electrónico

- Arteaga Ramelli, A. (2000). *Facultad del Congreso de introducir reservas y declaraciones interpretativas al aprobar un tratado internacional*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5583839>
- Clínica Jurídica de Acciones de interés público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Comisión de Derecho Penal. *La institución de la condena del absuelto en el Código Procesal Peruano: ¿medida legítima?* Recuperado de: <http://200.121.60.62/foro/viewtopic.php?f=15&t=33>.
- Doig Diaz, Y. (2004). El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación, en la Reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo. (10). Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2004_10.pdf
- Ferrer Beltrán, J. (2017). El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Revista Revus (Tomo N° 33). Recuperado de: <https://journals.openedition.org/revus/4016>
- Martinez Contreras, Y. (2014, 25 de marzo). Marco Teórico y Marco Conceptual. [Web log post]. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/ysraelalbertomartinezcontreras/2014/03/25/marco-te-rico-ases-te-ricas-y-marco-conceptual-definici-n-de-t-rminos/>
- Ortega Aguaza. (2012). Análisis Costo Beneficio. Revista Dialnet (05), 147. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5583839.pdf>

Pisfil Flores, D. (2018). Imparcialidad judicial y prueba de oficio: ¿entre la discrecionalidad y obligatoriedad de los poderes judiciales en el proceso penal peruano? Recuperado de:

https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_16/articulos/articulos_abogados/daniel_pisfil_flores.pdf

Proaño Cueva, C. *Doble Instancia, reformatio in peius y otros conceptos mal entendidos. A propósito de la condena del absuelto.* Recuperado de: <http://200.121.60.62/foro/viewtopic.php?f=15&t=33>

NOTA BIOGRÁFICA

Luz Alenka Nuñez Sarmiento, nació el 31 de octubre de 1996 en el distrito, provincia y departamento de Huánuco. Siendo sus padres Luz Yeny Sarmiento Berrospi y Jorge Martín Nuñez Arquinio.

Realizó sus estudios en la Institución Educativa Isaac Newton (2008 – 2012) y sus estudios superiores en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco (2013 – 2018).

Ex presidenta del Círculo de Estudios “Juris Prudens”. Obtuvo el premio al mejor escrito en la III Contienda de Derechos Fundamentales, llevado a cabo del 28 de octubre al 04 de noviembre de 2017 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la ciudad de Lima – Perú.

Erlinda Diana Vilcapoma Suárez, nació el 05 julio de 1996 en el distrito de Amarilis, provincia y departamento de Huánuco. Siendo sus padres Sonia Luz Suárez Aliaga y Tito Juan Vilcapoma Chambergo.

Realizó sus estudios en la Institución Educativa Juan Velazco Alvarado y el Colegio Mayor Secundario Presidente del Perú (2008 – 2012) y sus estudios superiores en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco (2013 – 2018).

Ex presidenta del Taller de Derecho Constitucional “Libertas Capitur”. Obtuvo el premio al mejor escrito en la III Contienda de Derechos Fundamentales, llevado a cabo del 28 de octubre al 04 de noviembre de 2017 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en la ciudad de Lima – Perú.

ANEXOS

ANEXO I. PROYECTO DE TESIS

ANEXO II. JURISPRUDENCIA

ANEXO I. PROYECTO DE TESIS

1. Metodología

1.1. Formulación del problema

Nuestro problema de investigación ha de responder el problema general formulada de la siguiente manera:

¿Se puede aplicar la figura procesal de la condena del absuelto en el proceso penal peruano con la actual redacción del Código Procesal Penal sin vulnerar el derecho a la pluralidad de instancia?

No obstante, también se han de responder los siguientes problemas en específico:

- ¿Cuál es el contenido del derecho a la pluralidad de instancia, en su relación con la condena del absuelto, a partir de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional?
- ¿Cuál es el criterio de interpretación que haría posible aplicar la figura de la condena del absuelto?
- ¿En qué medida la aplicación de la condena del absuelto vulnera derechos fundamentales de las partes procesales?
- ¿De qué forma la actual redacción de la figura procesal de la condena de absuelto es suficiente para poder aplicarse sin ninguna modificación?

1.2. Descripción del problema de investigación

La población peruana no cree en su servicio de justicia como una herramienta eficaz para la protección de sus derechos, y se atribuyen de entre las diversas causas, principalmente la excesiva dilación de los procesos judiciales y la poca

previsibilidad de los fallos emitidos, conforme lo indica el Informe N° 109 (2006) elaborado por la Defensoría del Pueblo.

Esta percepción ciudadana se encuentra íntimamente relacionada al cada vez más visible problema de la efectiva tutela judicial en el Perú, la misma que se regula como derecho fundamental en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 7 y 8.

En ese marco, es importante que las personas perciban que existe un sistema de justicia no solo represivo, sino también coherente y eficaz, en el que los procesos legales no solo resuelvan problemas, sino que también implementen políticas públicas. Y es que “la función del gobierno incluye tanto el mantenimiento del equilibrio social como programas de transformación social” (Damaska, 2000, p. 28).

En razón a ello, el Estado se propuso hacer frente a esta problemática, específicamente en los procesos penales, buscando garantizar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y plazo razonable, sin colisionar con otros derechos fundamentales. Con este espíritu se redacta el Código Procesal Penal [CPP], aprobado a través del Decreto Legislativo N° 957 el 29 de julio de 2004, el cual, partiendo del enfoque acusatorio adversarial, impone varias innovaciones al proceso penal peruano, entre ellas principalmente, disminuir el tiempo de duración de los procesos.

Así, el III Informe Estadístico Nacional: Reforma Procesal Penal Peruana (2006 – 2015), indicó que con el CPP, un proceso ordinario –no complejo y medido en base a la producción judicial– puede demorar un tiempo promedio de veintitrés

meses en determinados distritos judiciales con carga procesal moderada; es decir, la mitad del tiempo que le tomaba a su Código predecesor.

No obstante, pese a que la duración de los procesos penales parece haber disminuido, cabe preguntarse si tales procesos realmente llegan a concluirse; es decir, si luego de emitirse sentencia, se siguen realizando actos posteriores propios del juicio oral. No olvidemos que, con la emisión de una sentencia en primera instancia, existen todavía actuaciones que pueden realizar las partes en el proceso.

Es así que, en el proceso penal peruano, se reconoce el derecho de impugnar (ordinal “h” del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos) ante un órgano superior colegiado, facultándole la posibilidad de realizar una revisión a la sentencia, y con ello, emitir un segundo pronunciamiento. Éste a su vez, puede ir en tres sentidos, conforme lo indica el literal 3 del artículo 425 del CPP. Por un lado, al observar algún vicio, se decreta la nulidad de la sentencia; por otro lado, se puede confirmar la decisión de primera instancia; y, por último, específicamente en el literal b del artículo en mención, se brinda a las Salas Superiores la facultad de revocar el fallo emitido en primera instancia, y pronunciarse por el fondo del asunto, ya sea absolviendo al condenado o condenando al absuelto en la instancia precedente.

Ahora bien, es precisamente en ese contexto en el que se desarrolla nuestra investigación, que versa sobre la posibilidad de revocar el fallo de primera instancia, y emitir pronunciamiento de fondo, independientemente de si este segundo pronunciamiento es favorable o adverso a lo inicialmente decidido.

A esta figura procesal se la conoce como la condena del absuelto, y está contenida de manera expresa en el CPP. No obstante, pese a la existencia de dicha regulación, en la práctica forense se evidencia que esta figura procesal no es

aplicada por las Salas de Apelaciones, prefiriéndose decretar nulidades que tienen como consecuencia la remisión de los autos a otro juez o colegiado de primera instancia, para que –conforme la redacción del literal b, numeral 3 del artículo 425– “subsane lo que hubiere lugar”, lo que en síntesis implica el reinicio del juicio; situación que no solo alarga el proceso, sino que mantiene en un estado de incertidumbre jurídica a todas las partes dentro del proceso.

Es así que, desde su instauración hasta la fecha, la figura de la condena al absuelto ha sido objeto de múltiples interpretaciones, generando ferviente debate sobre la posibilidad de su aplicación, debate que se ha visto reforzado con la disparidad de pronunciamiento jurisprudencial a nivel de Corte Suprema.

En ese sentido, la presente investigación busca establecer un tipo de interpretación que posibilite la efectiva aplicación de los artículos 419.2 y 425.3.b del CPP, en concordancia con el derecho a la pluralidad de instancia.

Para poder fundamentar mejor nuestra propuesta, y así ofrecer una mejor fundamentación, en la presente investigación se ha consultado doctrina, legislación nacional y comparada, y las sentencias casatorias emitidas por la Corte Suprema en torno a la figura de la condena del absuelto; éstas comprenden todos los pronunciamientos realizados en relación al tema hasta la fecha de redacción de la presente investigación. Es decir, desde la primera casación emitida (Casación N° 07-2009-Huaura) hasta la más reciente (Casación N° 648-2018-La Libertad), las cuales nos permitirán advertir la evolución que ha tenido la presente figura en el tiempo y el tratamiento que se le ha dado.

Así, advertiremos la existencia –por decirlo de alguna manera– de dos corrientes antagónicas que no encuentran consenso sobre el tema. Por un lado, los que indican que la condena del absuelto no debería aplicarse, alegan una presunta

afectación al derecho a la tutela jurisdiccional, defensa y pluralidad de instancia, (véase las casaciones: N° 194-2014-Ancash, N° 454-2014 Arequipa, N°530-2016-Madre de Dios, entre otras) considerando que solo debería decretarse la nulidad e iniciar nuevamente el juicio oral. Por otro lado, la posición que indica que sí es posible aplicar la figura procesal, hace énfasis en la necesidad de ampliar el desarrollo de la segunda instancia (véase las casaciones: N° 195-2012 Moquegua, N° 1379-2017-Nacional, N° 503-2018-Madre de Dios, entre otras), y así condenar al absuelto en primera instancia.

Tal fue y sigue siendo la discrepancia sobre el tema que, dada la necesidad de unificar criterios, la figura de la condena del absuelto fue prevista como tópico a tratar en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en el año 2010; sin embargo, no obstante haberse presentado los argumentos y posiciones de notables juristas, los jueces supremos no arribaron a puntos de concordancia, razón por la cual, no se publicó acuerdo alguno sobre el tema.

En ese contexto, pese a lo problemático de la figura, hasta la fecha no se han fijado criterios jurisprudenciales uniformes, que delimiten o corrijan los alcances de la condena del absuelto, siendo por tanto un problema vigente, de necesaria solución en el proceso penal peruano.

1.3. Nivel y tipo de investigación

La presente investigación es de nivel descriptivo – explicativo, puesto que, si bien, por una parte, se analiza y describe el fenómeno (condena del absuelto); también se debe tener en cuenta que esta investigación trata de responder a las causas y condiciones del fenómeno estudiado (Sampieri, 2014). Asimismo, se utiliza la investigación interpretativa.

Asimismo, el tipo es básico dado que el estudio es conceptual y normativo, no es un trabajo de campo.

Finalmente, el enfoque es cualitativo, por cuanto pretende comprender un problema de carácter procesal (Sampieri, 2014), explorando las bases teóricas de la misma.

1.4. Diseño de investigación

Esta es una investigación no experimental, en ese sentido, se ha empleado el estudio de caso como diseño de investigación, que básicamente implica la investigación de un fenómeno social en un contexto determinado. Sampieri (2004) indica que ayuda a analizar una unidad con el fin de responder a lo planteado como problema de investigación y desarrollar teoría.

1.5. Situación del fenómeno de investigación

En nuestro Código Procesal Penal vigente, específicamente en los artículos 419.2 y 425.3.b, se encuentra regulada la figura de la condena del absuelto; no obstante, se observa que en las Salas Superiores no se aplica la mencionada figura, alegando que ésta vulnera el derecho a la pluralidad de instancia, tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, y –sobre todo– se indica que, aplicarla, implicaría contravenir con la jurisprudencia emitida por la Corte IDH.

Es así que, de acuerdo a nuestra organización judicial, la llamada a pronunciarse sobre la posibilidad o no de su aplicación es la Corte Suprema; sin embargo, en sus pronunciamientos, se encuentran dos posiciones contrapuestas que generan la inaplicación de la figura de la condena del absuelto, quedando ésta como una figura sin ningún tipo de eficacia en la práctica forense, lo cual trae como consecuencia, la existencia de extensos procesos, resultando perjudicial para las partes,

y –en especial– para el procesado, quien se mantiene en una insufrible incertidumbre jurídica.

1.6. Trayectoria metodológica

a. Descripción

El problema de estudio está relacionado a la evolución de una figura procesal que, si bien se encuentra reconocida expresamente en el texto normativo, no se puede aplicar en los procesos penales hasta la fecha, en razón de que se indica que transgrede derechos de corte constitucional como el derecho a la pluralidad de instancia.

b. Reducción

Respecto al fenómeno estudiado, hasta la fecha se han presentado dos posiciones doctrinales contrapuestas. Por un lado, los que están en contra de la aplicación de la condena del absuelto alegan la afectación de derechos en perjuicio del procesado, indicando que, para la aplicación de la figura, es indispensable la creación de una sala revisora de la condena en segunda instancia.

Por otro lado, el sector de la doctrina que ve viable la aplicación de la condena del absuelto, indica que la condena del absuelto se legitima en función de la estructura, dimensión y particularidades del recurso de apelación, afirmando que incluso existen pronunciamientos de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, que han afirmado la constitucionalidad de la figura; no obstante, se indica que para no afectar ni vulnerar derecho alguno, se puede condenar a una persona en segunda instancia, siempre y cuando se realice un juicio amplio en segunda instancia.

De las sentencias casatorias estudiadas, se evidencia que los argumentos de las posturas descritas líneas arriba, han sido plasmados en diferentes pronunciamientos, que han ido variando y contraponiéndose en el tiempo.

c. Interpretación

En ese sentido, en este apartado, realizaremos una adopción de postura en base a los autores que citaremos a lo largo del trabajo, asimismo plantearemos nuestras conclusiones y recomendaciones.

1.7. Viabilidad de la Investigación

Nuestra investigación fue viable, dado que se presentaron los siguientes motivos que se enumeran a continuación:

- Se contó con los recursos económicos necesarios para llevar a cabo esta investigación.

Se permitió que las investigadoras accedan a bibliotecas físicas y repositorios de otras universidades.

1.8. Limitaciones

Respecto a las limitaciones que encontramos como investigadoras, se pueden enumerar las siguientes:

- Lingüísticas o idiomáticas, por cuanto una cantidad considerable de la bibliografía consultada se encontraba disponible en idioma diferente al español.
- Acceso a las diversas fuentes impresas extranjeras.
- Dificultades en la ubicación de los pronunciamientos jurisprudenciales.

No obstante, dicha enumeración, respecto a las limitaciones propias de la investigación, no se encontró ninguna.

ANEXO II. JURISPRUDENCIA

Se adjunta jurisprudencia relevante a la presente investigación, en este caso las siguientes sentencias casatorias:

Por un lado, dos sentencias en contra de la aplicación de la condena del absuelto.

- a) Casación N° 454-2014 Arequipa
- b) Casación N° 499-2014 Arequipa

Y, por otro lado, tres sentencias que están a favor.

- c) Casación N° 1379-2017 Nacional
- d) Casación N° 503-2018 Madre de Dios
- e) Casación N° 648-2018 La Libertad



El Peruano

1825-2015. LA HISTORIA PARA CONTAR | DIARIO OFICIAL

AÑO DE LA CONSOLIDACIÓN DEL MAR DE GRAU

Viernes 5 de febrero de 2016

JURISPRUDENCIA

Año XXV / N° 1002

7383

PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN N° 454-2014 AREQUIPA

SUMILLA: El tribunal de apelación no puede condenar al absuelto en primera instancia. Si detecta un error en la aplicación del derecho objetivo y/o procesal que ameritarían una condena, sólo podrá anular el fallo de primera instancia a fin que emita un nuevo pronunciamiento acorde a derecho.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veinte de octubre dos mil quince.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesto por el encausado Alexis Gamarra Palomino contra la sentencia de vista del veintisiete de junio de dos mil catorce -fojas ciento cuarenta y cuatro-, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, la misma que revocó la sentencia de primera instancia del doce de setiembre de dos mil trece, que lo absolvió de la acusación fiscal por delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, previsto y sancionado por el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal, en agravio del Estado; y, reformándola lo condenaron como autor del delito antes referido, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por un plazo de un año y seis meses e impusieron como reparación civil el monto de quinientos nuevos soles a favor del agraviado.

Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo PARIANA PASTRANA.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I.- ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA.

1.1. El encausado Gamarra Palomino fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal; siendo que el representante del Ministerio Público, mediante el requerimiento de fojas dos, del catorce de febrero de dos mil trece, formuló acusación contra el antes referido encausado por delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, previsto y sancionado por el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal, en agravio del Estado.

1.2. Llevado a cabo la audiencia de control de acusación, el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la sede Cerro Colorado de la Corte Superior de Arequipa emitió auto de citación a juicio del seis de junio de dos mil trece, obrante a fojas quince.

1.3. Seguido el juicio de primera instancia, el Juzgado Penal Unipersonal de Cerro Colorado de la Corte Superior de Arequipa dictó la sentencia del doce de setiembre de julio de dos mil trece a fojas cincuenta y dos, que declaró absolver a Alexis Gamarra Palomino de la acusación fiscal por delito contra la fe pública en la modalidad de uso de documento falso, previsto y sancionado por el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal, en agravio del Estado.

1.4. Contra la referida sentencia el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación -fojas ochenta y cuatro-.

II.- ITINERARIO DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA.

2.1. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, culminada la fase de traslado de la

impugnación, emplazó a las partes a fin de que concurran a la audiencia de apelación de sentencia.

2.2. Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta del trece de junio de dos mil catorce -fojas ciento cincuenta y cuatro-, se declaró cerrado el debate y suspendió la audiencia para la expedición y lectura de la sentencia de vista para el veintisiete de junio de dos mil catorce.

2.3. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emitió la sentencia de vista del veintisiete de junio de dos mil catorce -fojas ciento cincuenta y nueve- que revocó la sentencia de primera instancia del doce de setiembre de dos mil trece, que lo absolvió de la acusación fiscal por delito contra la fe pública en la modalidad de uso de documento falso, previsto y sancionado por el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal, en agravio del Estado; y reformándola lo condenaron como autor del delito antes referido, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por un plazo de un año y seis meses, e impusieron como reparación civil el monto de quinientos nuevos soles a favor del agraviado

III.- DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN.

3.1. Emitida la sentencia de vista, el encausado Gamarra Palomino interpuso recurso de casación -fojas ciento ochenta y dos-, el cual fue concedido por resolución del quince de julio de dos mil catorce -fojas ciento noventa y tres-.

3.2. Elevados el auto a esta Suprema Instancia y cumplido el respectivo trámite de traslado, esta Sala de Casación mediante auto de calificación del veintiséis de febrero de dos mil quince -fojas cuarenta y cinco del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo- declaró bien concedido el recurso de casación interpuesta por el encausado Alexis Gamarra Palomino por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, respecto al contenido del artículo cuatrocientos veinticinco, apartado tres, literal b) referida a la condena del absuelto e inobservancia de las normas legales de carácter procesal y demás normas procesales.

3.3. Instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la audiencia de casación el veinte de octubre de dos mil quince. Instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención de las partes, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

3.4. Deliberada la causa en secreto y votada con arreglo a ley, esta Sala Suprema cumple con emitir la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública se realiza por la Secretaría de la Sala el veintiuno de octubre de dos mil quince, a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

IV.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO.

4.1. Conforme se señaló líneas arriba mediante Ejecutoria Suprema del veintiséis de febrero de dos mil quince -fojas cuarenta y cinco del cuadernillo formado en este Tribunal Supremo-, se admitió a trámite el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, para determinar "el contenido del artículo cuatrocientos veinticinco, apartado tres, literal b) referida a la condena del absuelto e inobservancia de las normas legales de carácter procesal y demás normas procesales".

CONSIDERACIONES PREVIAS: NORMATIVIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL

4.2. La Constitución Política del Estado en su artículo ciento treinta y nueve, inciso seis, consagra como principio y derecho de la función jurisdiccional la pluralidad de instancia. Tal norma

está redactado en clave de principio, esto es, que sus condiciones de aplicación no están expresamente definidas, por lo que corresponde al intérprete efectuar un desarrollo de su contenido.

4.3. Sin embargo, conforme lo establece el artículo cincuenta y cinco de nuestra Constitución: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional", y en su cuarta Disposición y Transitoria, prescribe que "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". Perspectiva normativa desde la cual es posible afirmar que el contenido del principio de la pluralidad de la instancia, regulado así por nuestra Constitución, está integrado con lo establecido por el artículo catorce, inciso quinto, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) por cuanto al respecto establece que "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley"; y lo fijado en el artículo ocho de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto sostiene que "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

4.4. A lo expuesto en líneas arriba emerge con claridad que específicamente en materia criminal el principio de la pluralidad de instancia despliega su mayor alcance garantista, exigiendo más allá de cuál sea la configuración del sistema impugnatorio interno de cada país que una decisión condenatoria tenga siempre la posibilidad de ser revisadas por un Tribunal jerárquico superior al que la emitió.

4.5. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional, respecto al derecho de pluralidad de instancias, señaló que "La sentencia plural queda satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas", y fijó ello de modo genérico, pues en lo particular a la materia penal, reafirmó sobre la base de la normatividad de los Tratados Internacionales antes glosados, el derecho que tiene toda persona a recurrir las sentencias que impongan una condena penal y, en general una medida de coerción personal. Por otro lado, como puede verse del fundamento veinte, para el Tribunal Constitucional se encuentra fuera de discusión que un fallo condenatorio sea recurrible, además de las medidas de coerción personal; por lo que, concluyendo que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de instancias, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra la sentencia que imponga una condena penal.

4.6. Asimismo, la jurisprudencia internacional también ha tenido la oportunidad de establecer el contenido del derecho a la instancia plural en materia penal. Así, la Corte Internacional de Derechos Humanos, el Caso N° 11618, Caso Mohamed vs.

Argentina, donde además de sostener que la garantía del artículo octavo, apartado, segundo literal h) de la CADH se establece con el fin de que sentencia condenatoria sea revisada por un Tribunal jerárquicamente superior, así se trate de una condena impuesta en única, primera o segunda instancia, añadió que para el derecho internacional de los derechos humanos es irrelevante la denominación o el nombre con el que se designe a este recurso, lo importante es que cumpla con determinados estándares. En primer lugar, debe proceder antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada y debe ser resuelto en un plazo razonable, es decir, debe ser oportuno. Asimismo, debe ser un recurso eficaz, es decir, debe dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido, esto es, evitar la consolidación de una situación de injusticia.

4.7. Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico señala en el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado dos, del Código Procesal Penal, que "La Sala Penal Superior sólo valora independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documento, pre constituida 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 cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia".

4.8. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver, con fecha catorce de setiembre de setiembre de dos mil diez, la Consulta número dos mil cuatrocientos noventa y uno guión dos mil diez, elevado por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, la que por considerar inconstitucional, declaró inaplicable el citado artículo cuatrocientos veinticinco, apartado tres, literal b) del Código Procesal Penal. En aquella oportunidad dicho Tribunal Supremo desaprobó la resolución consultada, justificando la constitucionalidad de la norma en mención, al indicar que: "Tal disposición es reconocida en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el *Ad Quem* sólo pueda absolver al condenado cuando éste cuestione la condena, pero no puede condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso tal absolución (...) que el recurso de apelación no permite arribar a una conclusión que implique una reformatio in peius para el procesado(...)".

4.9. De lo antes expuesto, tenemos que el derecho a recurrir al fallo es una garantía esencial en el marco del debido proceso, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un Juez o Tribunal distinto y de superior jerarquía a efectos de otorgar la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio brindando de esta manera mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado; en consecuencia, la condena del absuelto,

¹ Expediente N° 4235-2010-PHC/TC

El Peruano

www.elperuano.pe | DIARIO OFICIAL

FE DE ERRATAS

Se comunica a las entidades que conforman el Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Organismos constitucionales autónomos, Organismos Públicos, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, que conforme a la Ley N° 26889 y el Decreto Supremo N° 025-99-PCM, para efecto de la publicación de Fe de Erratas de las Normas Legales, deberán tener en cuenta lo siguiente:

1. La solicitud de publicación de Fe de Erratas deberá presentarse dentro de los 8 (ocho) días útiles siguientes a la publicación original. En caso contrario, la rectificación sólo procederá mediante la expedición de otra norma de rango equivalente o superior.
2. Sólo podrá publicarse una única Fe de Erratas por cada norma legal por lo que se recomienda revisar debidamente el dispositivo legal antes de remitir su solicitud de publicación de Fe de Erratas.
3. La Fe de Erratas señalará con precisión el fragmento pertinente de la versión publicada bajo el título "Dice" y a continuación la versión rectificadora del mismo fragmento bajo el título "Debe Decir"; en tal sentido, de existir más de un error material, cada uno deberá seguir este orden antes de consignar el siguiente error a rectificarse.
4. El archivo se adjuntará en un disquete, cd rom o USB con su contenido en formato Word o éste podrá ser remitido al correo electrónico normaslegales@editoraperu.com.pe

LA DIRECCIÓN

habilitado por las normas procesales no es *per se* incompatible con la Constitución Política del Estado.

PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTE TRIBUNAL SUPREMO SOBRE "LA CONDENA DEL ABSUELTO"

4.10. Cabe destacar que el tema de la condena del absuelto como facultad del Tribunal de apelaciones para revocar la sentencia de primera instancia que absolvió al procesado y reformándolo lo condena, ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de este Supremo Tribunal. Así tenemos:

4.11. La Sentencia de **Casación Nº 195-2012-Moquegua**, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, respecto al cuestionamiento de la constitucionalidad de las normas que faculta al juzgador de segunda instancia a revocar la sentencia absolutoria de primera instancia y al reformarla emite pronunciamiento condenatorio, en el cual realizó un análisis amplio de los dispositivos normativos internacionales, concluyendo que la condena del absuelto no es incompatible con la Constitución Política del Estado, respecto del derecho a recurrir el fallo, siempre que la sentencia adversa pueda ser revisada por un Juez o Tribunal distinto y de superior jerarquía, a efectos de otorgar la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, brindando mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado; asimismo, enfatizó la necesidad de la actuación de nueva prueba para los efectos de condenar al absuelto en virtud del principio de inmediación, pese a que no se pueda efectuar reproche alguno, en tanto la prueba actuada deba tener entidad suficiente para enervar el *status* de inocencia del encausado. En ese sentido, existió pronunciamiento únicamente sobre el tema doctrinal, y en cuanto al caso concreto (delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado, seguido contra Jorge Manuel Sotomayor Vildoso), declaró nula la sentencia de primera y segunda instancia, y se dispuso la realización de un nuevo juzgamiento, para lo cual el Tribunal Superior debía tener en consideración los fundamentos esgrimidos en la propia sentencia de casación, al verificar que la cuestionada no cumplía con las exigencias plasmadas; precisando que esta sentencia de casación contiene fundamentos adicionales del Juez Supremo Morales Parraguez, en tanto consideró que la condena en sede de apelación constituía "una condena en instancia única"; por lo que, expresó su discrepancia en cuanto se sostiene que no es incompatible con la Constitución Política del Estado, precisando que se debe garantizar que la decisión de condenar al absuelto pueda ser recurrida.

4.12. En la **Sentencia de Casación Nº 280-2013 Cajamarca**, se marcó aún más la diferencia existente entre el recurso de apelación y la casación como recursos impugnatorios, rechazando de este modo la casación penal como solución para salvaguardar el derecho a recurrir del condenado, ya que no es un recurso impugnatorio de carácter ordinario, precisando que la condena del absuelto limita el derecho a recurrir, pero que ésta sí puede ser amparable, estableciendo la necesidad de crear un órgano judicial que pueda realizar el juicio de hecho y de derecho de la condena dictada en segunda instancia, contra una persona que previamente había sido absuelta; asimismo, se solicita se convoque a Sala Plena para adicionar un artículo al rubro del sistema de recursos que habilite el medio impugnatorio de carácter ordinario que dé lugar a la intervención de dicho órgano.

4.13. Asimismo, la **Sentencia de Casación 385-2013 San Martín**, se afianzaron las posturas anteriores, respecto a que una decisión condenatoria debía tener la posibilidad de ser revisada por un Tribunal jerárquico superior al que lo emitió, enfatizando las facultades de la Sala Penal Superior, en cuanto a la actuación de nueva prueba en vía de apelación; asimismo, en la línea interpretativa de que como Estado Parte de la Organización de las Naciones Unidas – ONU y suscribientes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estamos obligados a cumplir con dichos instrumentos de protección de derechos humanos, razón por la cual se consideró que para no emitir una condena en instancia única se debe habilitar la revisión del fallo en otra instancia.

4.14. Además, uno de los últimos pronunciamientos sobre este tema específico, lo recoge la **Sentencia de Casación Nº 194-2014 Ancash**, en el proceso seguido contra Mohamed Raúl Salazar Eugenio, por delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado, en agravio del Estado, por el cual se precisa que existen pronunciamientos previos concluyendo que no está en debate si condenar en segunda instancia es posible, sino que dicha condena pueda tener a su disposición un recurso devolutivo, donde el juzgador tenga facultades amplias de control. En consecuencia, debido a que es el recurso de apelación el medio habilitado para dicho fin, al descartar que dicha posibilidad la satisficé el recurso de casación, reitera la necesidad de crear Salas Revisoras; por lo que, se concluye que ante la ausencia hasta la fecha de un órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto, la consecuencia jurídica que se desencadena es la nulidad.

4.15. Con lo anterior expuesto, se concluye que si bien esta Sala Suprema tiene mayor jerarquía y rango que la Sala Penal de Apelaciones, siendo por tal razón un órgano judicial distinto;

sin embargo, esta máxima instancia judicial no tiene competencia para poder realizar una revisión integral, independientemente de la denominación que se le pueda dar al recurso, ya que su competencia resolutoria está limitada producto de la interposición y fundamentación del recurso extraordinario de la casación penal, no siendo este último recurso uno de carácter eficaz para el caso en concreto por limitarse al análisis de los aspectos formales y legales de la sentencia expedida, esto es, de control de constitucionalidad y de legalidad, así como de unificación jurisprudencial.

4.16. Asimismo, bajo la línea jurisprudencial anotado y con el objeto de garantizar el derecho a impugnar el fallo -toda vez que con ello se protege el derecho de defensa en la medida que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado-, mientras no se implemente ninguna de las propuestas dadas por este Supremo Tribunal -Órgano jurisdiccional capaz de revisar la condena del absuelto-, corresponde anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación.

V.- ANALISIS DEL CASO CONCRETO

5.1. En el caso concreto nos encontramos ante un imputado que fue absuelto en primera instancia y condenado en segunda instancia, sin que se haya actuado pruebas nuevas en la audiencia de apelación, conforme se aprecia en el acta de audiencia de fojas ciento cincuenta y cuatro, que sea capaz de variar la verdad procesal sobre la que descansaba el fallo absolutorio de primera instancia. En ese sentido, nos encontramos ante el instituto jurídico de la condena de un absuelto; aquí el procesado no cuenta con un recurso impugnatorio con las cualidades necesarias para garantizar su derecho a recurrir ese fallo condenatorio ante un juzgador con facultades de control amplias. Tampoco existe una Sala Especializa que actúe como revisor de la sentencia condenatoria de segunda instancia.

5.2. Por tanto, conforme los fundamentos precedentes, la falta de un presupuesto procesal de existencia impone la anulación de todo el proceso hasta el juicio oral de primera instancia. De este modo, si el procesado es encontrado responsable del ilícito penal que se le imputa, esa sentencia condenatoria podrá ser revisada por un tribunal superior con facultades amplias de control mediante la apelación del fallo condenatorio, respetando de esta manera sus derechos fundamentales.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I.- Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por la causal excepcional de desarrollo de doctrina jurisprudencial, interpuesta por la defensa técnica del encausado Alexis Gamarra Palomino.

II.- **CASARON** las sentencias: i) de primera instancia de fojas cincuenta y dos, del doce de setiembre de dos mil trece en el extremo que absolvió a Alexis Gamarra Palomino por el delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento falso, en agravio del Estado; y ii) la sentencia de segunda instancia, de fojas ciento cincuenta y nueve, del veintisiete de junio de dos mil catorce, en el extremo que revocó la apelada que lo absolvió del delito contra la fe pública en la modalidad de uso de documento falso, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público del Poder Judicial, y Simón Máximo Cahui Rivero, imponiéndole dos años de pena privativa de libertad, suspendida a un año y seis meses.

III.- **ORDENARON** la realización de un nuevo juicio oral por un juzgado distinto del que dictó la sentencia anulada.

IV.- **ESTABLECIERON** como doctrina jurisprudencial los puntos 4.15 y 4.16 de la presente Ejecutoria Suprema. Se publique en el diario oficial "El Peruano", conforme al inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

V.- **MANDARON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la Instancia, incluso a las no recurrentes. Cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

SS.

VILLA STEIN
RODRIGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
LOLI BONILLA

J-1341401



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 499 – 2014 / AREQUIPA

Sumilla. La solución de anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia es excesiva, pues una de las facultades de la Sala de Apelaciones frente al recurso respecto a la sentencia absolutoria es confirmarla, conforme con el artículo 425 del Código Procesal Penal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de marzo de dos mil dieciséis

VISTOS: los recursos de casación interpuestos por los procesados Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia, contra la sentencia de vista de fecha catorce de julio de dos mil catorce, de fojas doscientos sesenta y cinco, que declaró fundada en parte la apelación interpuesta por el representante del Ministerio Público; y en uno de sus extremos, revocó la mencionada sentencia, en cuanto absolvió a Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia de los cargos formulados en su contra por el delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalva Condori y del Estado, representado por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial; y reformándola declararon a Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia, cómplices primarios del delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalva Condori y del Estado, representado por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

ANTECEDENTES

Primero. Por requerimiento acusatorio del 08 de febrero de 2012 el Fiscal Provincial acusó a: i) Miguel Ángel Valdivia Colana como autor del delito contra la Familia-omisión a la asistencia familiar y contra la Administración de Justicia-fraude procesal, previstos en los artículos 149 y 416 del Código Penal, respectivamente; en agravio de Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalva Condori y del Estado. Por lo que solicita siete años de pena privativa de libertad. ii) Jova Colana Sosa como autora del delito contra la Administración de Justicia-fraude procesal, en agravio del Estado. Por lo que solicita tres años de pena



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 499 – 2014 / AREQUIPA

privativa de libertad. iii) Manuel Jesús Ascuña Chavera, Luis Alberto Moscoso Valencia, Isauro Raymundo Colana Sosa y Marco Antonio Saavedra Jilapa como cómplices primarios del delito contra la Administración de Justicia-fraude procesal, en agravio del Estado. Por lo que solicita tres años de pena privativa de libertad.

Segundo. Se realizó la audiencia preliminar de control de acusación el 20 de agosto de 2012, obrante a fojas veinticuatro, donde el Fiscal pide se suspenda por cinco días, para cambiar la tipificación. Hecho esto, se reabrió la sesión.

Tercero. Por resolución del 10 de septiembre de 2012 se declaró saneada la acusación fiscal; en consecuencia dictó auto de enjuiciamiento contra Miguel Ángel Valdivia Colana como autor del delito contra la Familia- omisión a la asistencia familiar, previsto en el segundo párrafo del artículo 149 del Código Penal, y contra Jova Colana Sosa, Manuel Jesús Ascuña Chavera, Luis Alberto Moscoso Valencia, Isauro Raymundo Colana Sosa y Marco Antonio Saavedra Jilapa como presuntos cómplices primarios del delito de omisión a la asistencia familiar, previsto en el segundo párrafo del artículo 149 del Código Penal, en agravio de Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalba Condori y del Estado.

Cuarto. Emitido el auto de citación a juicio, se inició el juicio oral el 30 de abril de 2013, como obra del registro de fojas 49. En la sesión del 09 de mayo de 2013 el Juzgado declaró la extinción de la acción penal por muerte de Miguel Ángel Valdivia Colana.

Quinto. Por resolución del 05 de julio de 2013 se dispuso suspender los plazos procesales y señala fecha para continuar el juicio oral el 09 de julio de 2013, como se hizo.

Sexto. Es así que mediante sentencia del 23 de septiembre de 2013, de fojas ciento treinta y uno, se absolvió a Jova Colana Sosa, Isauro Raymundo Colana Sosa, Manuel Jesús Ascuña Chavera, Luis Alberto Moscoso Valencia y Marco Antonio Saavedra Jilapa de los cargos de la acusación fiscal por delito contra la Familia- omisión a la asistencia familiar (segundo párrafo del artículo 149 del Código Penal), en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalba Condori y del Estado, representada por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial.

Séptimo. Apelada esta resolución por el Ministerio Público, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa por sentencia de vista



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 499 – 2014 / AREQUIPA

del catorce de julio de dos mil catorce, revocó el extremo de la sentencia de primera instancia que absolvió a Jova Colona Sosa, Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia de los cargos de la acusación fiscal por delito contra la Familia-omisión a la asistencia familiar (segundo párrafo del artículo 149 del Código Penal), en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalba Condori y del Estado, representada por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial; y reformándola los condenó como cómplices primarios del delito y agraviados citados, a dos años y seis meses de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de dos años, bajo reglas de conducta y fijó en tres mil soles el monto que de forma solidaria deben abonar a favor de la agraviada Gisell Alejandra Valdivia Villalba y mil soles a favor del Estado.

Octavo. La defensa de los sentenciados Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista –ver fojas trescientos–, el mismo que fue concedido por resolución del 06 de agosto de 2014, obrante a fojas trescientos doce.

Noveno. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del 06 de marzo de 2015, que declaró bien concedido el recurso de casación por la causal comprendida en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial en cuanto a la sentencia condenatoria dictada por la Sala de Apelaciones de un procesado absuelto en primera instancia.

Décimo. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, en concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día 29 de marzo de 2016, a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS

1. Aspectos generales

Primero. Se imputa que el día 13 de septiembre de 2010, Karina Irene Villalva Condori, junto con su esposo Miguel Ángel Valdivia Colana, suscribieron un acta de conciliación de pensión alimenticia a favor de su hija Gisell Alejandra, por la cual éste



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN N° 499 – 2014 / AREQUIPA

se comprometía a una pensión de mil soles mensuales, además, del sesenta por ciento de las utilidades y liquidación que recibía.

Sin embargo, el 11 de octubre de 2010 Miguel Ángel Valdivia Colona, representado por su abogado Manuel Jesús Ascuña Chavera presentó un escrito de nulidad de la conciliación, luego, el 23 de noviembre de 2010, se emitió el auto de vista del 27 de enero de 2011, declarando improcedente el recurso de nulidad.

En ese contexto y conociendo los denunciados la conciliación aludida, Miguel Ángel Valdivia Colana y su madre Jova Sosa Colana, en forma concertada y con la finalidad que aquel se sustraiga a sus deberes, simularon una obligación alimentaria, procediendo la acusada a presentar demanda de alimentos el 25 de octubre de 2010 en contra de su hijo Miguel Ángel Valdivia Colana, la que fue declarada inadmisibles por el Juzgado de Paz de José Luis Bustamante; por lo que se presentó una subsanación el 8 de noviembre de 2010, autorizando el escrito el abogado Moscoso Valencia, para luego presentar en forma conjunta un escrito de transacción el 18 de noviembre de 2010, autorizando el mismo abogado Ascuña Chavera, transacción que fue aprobada. En la demanda la acusada Colana Sosa señaló domicilio en el inmueble de la urbanización Pedro Diez Canseco T-18 que resulta falso, ocurriendo lo mismo respecto al domicilio que se consignó para el demandado.

Segundo. Como se señaló en el auto de calificación de casación, habiéndose dado la condena de procesados, que en primera instancia fueron absueltos de los cargos atribuidos y que en virtud de dicha situación procesal, no plantearon recurso de apelación alguno, no habiendo en el caso específico, hecho uso de su derecho a la pluralidad de la instancia, merece la definición de un sentido interpretativo de la norma procesal contenida en el inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal. Por ello, indicó que en este caso excepcional, esta Corte Suprema de Justicia haciendo uso de su facultad discrecional considera necesario analizar la condena del absuelto.

2. La condena del absuelto

Tercero. El inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal establece una serie de poderes que tiene el Juez de Alzada frente a la impugnación contra la sentencia de primera instancia. El literal b) de la citada norma establece que 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.

Cuarto. Esta causó una serie de pronunciamientos a nivel jurisprudencial y doctrinario¹ en cuanto a su constitucionalidad y viabilidad. Por ejemplo, la sentencia

¹ *Vide:* SALAS ARENAS, Jorge. *Condena al absuelto: Reformatio in peius cualitativa*. Idemsa, Lima, 2011; NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente. *La condena del imputado absuelto en instancia única y recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal*.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 499 – 2014 / AREQUIPA

recaída en el expediente número 2008-01403-87-1308-JR-PE-1, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que revocó la sentencia de primera instancia absolutoria y reformándola condenó al acusado. En contra se puede citar la sentencia recaída en el expediente número 2008-12172-15 emitido por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que señaló que condenar al absuelto coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una *reformatio in peius*. Por ello, declaró inaplicable, a este caso concreto, el apartado b) del inciso 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal, elevando en consulta su decisión.

Quinto. Ello produjo que la Corte Suprema se pronunciara. La Consulta número 2491-2010-Arequipa, del 14 de septiembre de 2010, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, señaló que la condena del absuelto no afecta la garantía de la doble instancia, pues reconoce condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, por lo que desaprobó la resolución consultada. En esa línea, la Sala Penal Permanente se pronunció en la sentencia de Casación número 195-2012-San Martín, del 05 de septiembre de 2013, que determinó que la condena del absuelto es posible sobre la base de actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación, ya que no afecta el derecho a recurrir, por la posibilidad de acudir en casación, además, que no afecta la inmediación. Asimismo, estableció supuestos por los cuales es posible condenar al absuelto: i) Cambio de valoración de prueba que no requiere inmediación. ii) Cambio de valoración de prueba personal por actuación de prueba en segunda instancia. iii) Corrección de errores de derecho, lo que se estableció como doctrina jurisprudencial. Pese a todo este desarrollo, la decisión sobre el fondo fue declarar nula la sentencia de vista y de primera instancia, por afectación de la inmediación y motivación de las resoluciones, respectivamente. Este parecer tuvo eco en la sentencia de Casación número 40-2012-Amazonas, del 19 de

Grijley, Lima, 2013; MORALES PARRAGUEZ, Baltazar. “La condena del absuelto en instancia única del nuevo Código Procesal Penal peruano: a propósito de la Ejecutoria de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente”. En: *Jus Liberabit*. Año 1 – N° 06. Corte Superior de Justicia de Lima, junio de 2011; ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Opinión para el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema: La Condena del Absuelto” En: Materiales del VI Pleno Jurisdiccional. Disponible en línea: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf>; VELÁSQUEZ DEL GADO, Percy. “¿Condena en segunda instancia? A propósito del principio de inmediación. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 178, septiembre de 2008; REYES ALVARADO, Víctor Raúl. “La Casación N° 195-2012-Moquegua (que establece los supuestos en que procede la condena del absuelto) vs. La sentencia de la Corte IDH en el caso Mohamed vs. Argentina”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 69. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2015; SÁNCHEZ CORDOVA, Juan Humberto. “La viabilidad de la aplicación de la condena del absuelto en la jurisprudencia”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 69. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2015; VÁSQUEZ RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. “El recurso eficaz y el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia en el marco de la doctrina jurisprudencial sobre la condena del absuelto”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 69. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2015; VARGAS YSLA, Roger Renato. “La condena del absuelto en el CPP de 2004 y el derecho del condenado a un recurso amplio e integral: especial referencia a la Casación N° 195-2012-Moquegua”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 69. Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2015.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 499 – 2014 / AREQUIPA

septiembre de 2013, que reafirma la constitucionalidad de la condena del absuelto y, pronunciándose por el fondo del asunto, absolvió al recurrente.

Sexto. Posterior a ello, los pronunciamientos de la Sala Penal Permanente se fueron morigerando. La sentencia de Casación número 280-2013-Cajamarca, del 13 de noviembre de 2014, indica que al producirse la condena del absuelto se le deja al condenado sin un recurso eficaz, pues la Casación es muy restringida. En consecuencia, se debe crear un órgano jurisdiccional que tenga competencia para realizar un juicio integral de hecho y derecho sobre los aspectos que fundaron una sentencia condenatoria que en segunda instancia revoca una absolutoria. Por esto es que se declara nula la sentencia de vista y de primera instancia por vulneración al derecho a la motivación.

Séptimo. La Sentencia Casatoria número 385-2013-San Martín, del 05 de mayo de 2015, refirió que sí es posible condenar al absuelto, pero supeditado a la actuación probatoria en audiencia de apelación; no obstante, repite que se debe habilitar salas revisoras en cada Distrito Judicial que hagan el juicio de hecho y derecho en la condena en segunda instancia del absuelto o se habilite un recurso a este efecto. Sobre esa base, al pronunciarse sobre el fondo, se señaló que la sentencia de vista dio un sentido distinto a las declaraciones vertidas en el juicio oral, por lo que, actuando como sede de instancia confirmaron la absolución.

Octavo. La Casación número 194-2014-Ancash, del 27 de mayo de 2015, estableció que frente a la condena del absuelto el recurso de casación no es el adecuado, sino el de apelación; sin embargo, mientras no se habiliten Salas Revisoras en cada Distrito Judicial para que realicen el juicio del condenado por primera vez en segunda instancia o un medio impugnatorio adecuado para la condena del absuelto, se debe anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia para que, si en un nuevo juicio se le encontrara culpable del delito imputado, tenga la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria por medio de un recurso de apelación. Lo que es doctrina jurisprudencial, por lo que anuló las sentencias materia de recurso. Estas consideraciones fueron tomadas por la Casación número 542-2014-Tacna, del 14 de octubre de 2015 y repetidas como doctrina jurisprudencial en la Casación 454-2014-Arequipa, del veinte de octubre de 2015.

Noveno. En todas las sentencias se ha establecido la afectación que podría causar al derecho al recurso condenar al absuelto, pues, luego de la condena, la única posibilidad de impugnar que tiene el imputado es a través del recurso de casación,



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 499 – 2014 / AREQUIPA

que es extraordinario², limitado al conocimiento de aspectos puntuales y tasados³, que no posibilitan la revisión de la valoración probatoria, vicios procesales, cuestiones de hecho y derecho⁴, como lo exige la normativa (artículo 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 8. 2. de la Convención Americana de Derechos Humanos) y jurisprudencia internacional (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, Barreto Leiva vs. Venezuela, del 17 de noviembre de 2009), que sí se satisfacen con el recurso de apelación.

Décimo. En consecuencia, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el caso Mohamed vs. Argentina, del 23 de noviembre de 2012, al declarar al Estado argentino como responsable por la violación del derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena [...] y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida. En el mismo sentido se puede ver en la Observación General N° 32, del 23 de agosto de 2007, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Décimo primero. Es decir, el Estado debe otorgar al condenado por primera vez en segunda instancia (condena del absuelto) un recurso que revise esta primera condena. No obstante, a pesar que esto se dijo en las Casaciones 280-2013-Cajamarca y 385-2013-San Martín; aún no se ha previsto este mecanismo, por lo que, queda latente la posibilidad de afectar el derecho al recurso.

Décimo segundo. Habida cuenta que el Juez no puede dejar de resolver, la única solución provisional posible es declarar nula la sentencia recurrida, pues de otra forma se afectaría el citado derecho, proceder que encuentra refuerzo si se considera que en ningún caso esta Corte Suprema convalidó la condena del absuelto.

Décimo tercero. Sin embargo, la solución de anular el fallo condenatorio dictado en primera y segunda instancia es excesiva, pues una de las facultades de la Sala de Apelaciones frente al recurso respecto a la sentencia absolutoria es confirmarla,

2 El juez de casación no puede, por expresa prohibición de la Ley, juzgar el mérito de la causa, reservada a los jueces inferiores, sino que sólo puede conocer de los errores que el Juez de apelación haya cometido, sea esta *in iudicando*, o también *in procedendo*; y por tanto, de los correspondientes vicios de que pueda estar afectada la sentencia. ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen II. Buenos Aires, Editorial Desalma, 1976, pp. 391 y 392.

3 GIMENO, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 837.

4 NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente. Ob. cit., p. 77.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 499 – 2014 / AREQUIPA

conforme con el artículo 425 del Código Procesal Penal y esta Corte Suprema que lo hizo en las sentencias Casatorias número 385-2013-San Martín y 40-2012-Amazonas. Incluso en el Código de Procedimientos Penales, que prohíbe la condena del absuelto por exigencias de inmediación, también prevé que se confirme la absolución.

Décimo cuarto. Esto es así pues la presunción de inocencia es un principio que informa todo el proceso penal, orienta su actividad y le establece reglas: i) De tratamiento del imputado. ii) Probatoria. iii) De juicio⁵. La última tiene que ver con la decisión final, luego del debate probatorio, así, si es que la parte acusadora no logra acreditar sus afirmaciones al no existir medios de prueba suficiente, se deberá absolver al procesado, asimismo, si existe tanto prueba de cargo como de descargo y el Juez no llega a la convicción, absolverá por el principio *in dubio pro reo*.

Décimo quinto. Con mayor razón, si se establece que existe prueba de la inocencia o el hecho es atípico, justificado, no culpable o no concurre una condición objetiva de punibilidad (lo que tiene relación con el principio de legalidad), se deberá absolver al procesado conforme al artículo dos, inciso veinticuatro, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

Décimo sexto. Esta facultad puede ser ejercida incluso por la Corte Suprema en sede de casación para no afectar al procesado que debe ser absuelto, pues de otra forma se vulneraría el principio de plazo razonable, que es un derecho para el procesado de que el tiempo en que se ve involucrado en un proceso penal, teniendo la carga de comparecer al proceso, no sea indefinido, o dure más allá de lo razonable, para analizar esta se deben valorar tres criterios: i) La complejidad de la causa (número de cargos, procesados, agraviados, testigos, medios de prueba, la gravedad del ilícito, otras condiciones que harían demorar el trámite del proceso). ii) Actividad del agente estatal (Juez, Fiscal). iii) Actividad de la defensa del inculpado.

3. Análisis del caso concreto

Décimo séptimo. Conforme se advierte del *iter* procesal, el procesado en primera instancia fue absuelto y en la segunda, condenado, sin tener la posibilidad de recurrir esta primera condena como exige la normativa internacional, por lo que correspondería la nulidad de la resolución.

Décimo octavo. Sin embargo, al analizar las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que se señala que Luis Alberto Moscoso Valencia actuó como abogado de Jova Colona Sosa en la causa contra Miguel Ángel Valdivia Colana, pero

⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005, p. 150 y ss.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 499 – 2014 / AREQUIPA

luego de dieciséis días actuó como abogado de este último; pero estos datos probados no son suficientes para dar por acreditado que dolosamente el imputado colaboraba para que la agraviada Gisell Alejandra Valdivia Villalba no recibiera sus alimentos; es decir, este solo hecho no corrobora su participación dolosa en la simulación del proceso de alimentos.

Décimo noveno. Respecto a Manuel Jesús Ascuña Chavera se indica que desde un inicio conoció la conciliación suscrita por Miguel Ángel Valdivia Colana reconociendo los alimentos a favor de su menor hija, pero que él presentó escrito de nulidad de aquella conciliación, haciendo participar en dicho proceso a Moscoso Valencia, para, inmediatamente, intervenir elaborando la transacción entre la acusada Colana Sosa y su hijo. Pero esto describe actos de abogacía, no se ha probado que haya actuado con dolo para ilegalmente restarle los alimentos a la agraviada.

Vigésimo. Además, se debe considerar que los hechos datan desde 13 de septiembre de 2010 y recién se acusó el 08 de febrero de 2012, desde esa fecha a la actualidad han transcurrido cuatro años, que es un exceso para un delito de una penalidad mínima, incluso en el transcurso del proceso falleció el autor del delito; por lo que el imputado no puede verse perjudicado por esta demora. En consecuencia, se debe resolver de acuerdo con el artículo 2, inciso 24, apartado e) de la Constitución Política del Estado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por los procesados Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia, contra la sentencia de vista de fecha catorce de julio de dos mil catorce, de fojas doscientos sesenta y cinco, que declaró fundada en parte la apelación interpuesta por el representante del Ministerio Público; y en uno de sus extremos, revocó la mencionada sentencia, en cuanto absolvió a Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia de los cargos formulados en su contra por el delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalva Condori y del Estado, representado por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial; y reformándola declararon a Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia, cómplices primarios del delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalva Condori y del Estado, representado por el Procurador Público



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE**

CASACIÓN N° 499 – 2014 / AREQUIPA

encargado de los asuntos del Poder Judicial. En consecuencia: **nula** la citada sentencia de vista del catorce de julio de dos mil catorce.

II. Actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que absolvió a Manuel Jesús Ascuña Chavera y Luis Alberto Moscoso Valencia de los cargos formulados en su contra por el delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de la menor Gisell Alejandra Valdivia Villalba, representada por su madre Karina Irene Villalva Condori y del Estado, representado por el Procurador Público encargado de los asuntos del Poder Judicial.

III. DISPUSIERON la anulación de los antecedentes penales, judiciales y policiales que se hubieren generado en contra de los precitados encausados, a causa del presente proceso penal; y, archívese definitivamente el proceso.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido del fundamento décimo segundo y décimo tercero de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

VI. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

VII. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.
S. S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

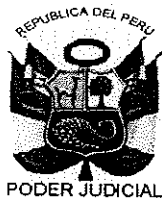
RT/jstr

27 ABR 2017

10

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1379-2017/NACIONAL
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Condena del absuelto, juicio de hecho y imputación de directivos de empresa

Sumilla. 1. Es posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional –véase, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 83, numeral 2-. 2. Cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso, requiere, fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública –con presencia de los demás interesados o partes adversas–, para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además, con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos. 3. Tratándose de directivos de una empresa, solo bajo determinados parámetros o condicionantes puede atribuírseles competencias organizativas en decisiones antijurídicas en la administración de la empresa. Es patente que con base en estas competencias ha de analizarse la imputación objetiva y la imputación subjetiva. Se ha de partir, de un lado, (i) de la disociación que puede existir, siempre en función a la complejidad organizativa de la empresa, entre el directivo –que toma decisiones directivas– y el administrador o gerente –que asume la función de gestión–, en cuyo marco debe examinarse si el Presidente del Directorio, el Directorio como ente colectivo, o la Junta General de Accionistas permitió o favoreció abiertamente la comisión de un delito; y, de otro lado, (ii) de la imputación de conocimiento requerido para el dolo, a partir de las competencias de conocimiento –si debió tenerlas consigo en atención a sus concretas circunstancias personales– y de las características de la organización empresarial.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiocho de agosto de dos mil dieciocho

VISTOS: en audiencia pública: los recursos de casación interpuestos por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados JORGE VILLEGAS ANGELDONIS y JAVIER FRANCISCO MARTÍN RODRÍGUEZ VENCES contra la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, (i) absolvió a Guilmer Córdova Paker y Héctor Hugo García Briones de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de colusión agravada en perjuicio del Estado; (ii) absolvió a Gerardo Fidel Viñas Dioses y Daniel



Castañeda Serrano de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de cohecho pasivo propio en perjuicio del Estado; (iii) absolvió a Javier Francisco Martín Rodríguez Vences y Jorge Villegas Angeldonis de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de cohecho activo genérico en perjuicio del Estado; (iv) absolvió Héctor Hugo García Briones y Walter Enrique Rivera Vilchez de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de falsedad genérica en perjuicio del Estado; (v) absolvió a Daniel Castañeda Serrano de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación en perjuicio del Estado; (vi) condenó a Jorge Villegas Angeldonis como cómplice del delito de colusión agravada en perjuicio del Estado a seis años de pena privativa de libertad y al pago de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; (vii) condenó a Javier Francisco Martín Rodríguez Vences como cómplice primario del delito de colusión agravada en perjuicio del Estado a seis años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación, así como al pago de quinientos mil soles por concepto de reparación civil; (viii) absolvió a Cesar Guzmán Halberstadt como cómplice primario del delito de colusión agravada en agravio del Estado; y, (ix) absolvió a la empresa A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada de la imposición de la medida de suspensión de sus actividades por un año; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación de fojas trescientos cuarenta y cuatro, de uno de diciembre de dos mil quince, entre los años dos mil once y dos mil doce, en el Gobierno Regional de Tumbes, entonces bajo la presidencia del acusado Gerardo Fidel Viñas Dioses –Presidente Regional de Tumbes–, éste junto a los acusados Daniel Castañeda Serrano –Procurador Público del Gobierno Regional de Tumbes–, Guilmer Córdova Paker –Gerente Regional de Infraestructura–, Jorge Villegas Algendonis y Javier Francisco Martín Rodríguez Vences –representantes de la persona jurídica A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada–, se conformó una asociación ilícita para delinquir destinada a cometer delitos contra la Administración Pública, consistentes en actos colusorios en perjuicio del Gobierno Regional de Tumbes. Los hechos atribuidos son los siguientes:

1. En el año dos mil nueve el Gobierno Regional de Tumbes otorgó la buena pro para la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen”, en el departamento de Tumbes, a la empresa A&J Inversiones. Los cargos penales están circunscriptos a la ejecución contractual de dicha obra –periodo comprendido entre los años dos mil once y dos mil doce–.



2. A estos efectos se utilizaron procesos arbitrales y acuerdos vía conciliación para perjudicar al Gobierno Regional de Tumbes en beneficio de la empresa A&J Inversiones. Se generó un aparato aparentemente legal, en la que cada uno de sus integrantes contribuía desde la Gerencia de Infraestructura –con los informes correspondientes– y desde la Procuraduría Pública Regional –mediante su participación en las audiencias de conciliación– para lesionar el patrimonio institucional del gobierno regional de Tumbes y aparentar que tales acuerdos eran dispuestos por terceros, al margen de una mala gestión y de la consolidación de acuerdos colusorios.
3. Durante la ejecución del contrato se plantearon dos pretensiones contradictorias por parte del gobierno regional de Tumbes y de la empresa A&J Inversiones. El primero pretendía el monto de trece millones y medio de soles a la referida empresa, y la segunda procuraba el pago pendiente por el gobierno regional de Tumbes de la suma de cuatro millones ciento un mil quinientos cuarenta y dos soles con treinta y cinco céntimos.
4. Se imputa, en calidad de cómplices de colusión agravada, a los acusados Guzmán Halberstadt, Héctor Hugo García Briones y Walter Enrique Rivera Vilchez, por ser integrantes del Tribunal Arbitral en el que tuvo lugar la audiencia de conciliación –de fecha trece de julio de dos mil once – por medio de la cual la contratista, empresa A&J Inversiones, logró constituirse como acreedora de la suma de tres millones trescientos mil soles, que debía de pagar el gobierno regional de Tumbes –laudo de veinticinco de julio de dos mil once, notificado el día veintisiete de julio de ese año dos mil once–. En virtud de la referida conciliación, el gobierno regional de Tumbes devolvió las cartas fianza y pagó dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y tres soles a favor de la citada empresa, además de los siete millones ciento cincuenta y cuatro mil cuatrocientos cinco con sesenta y nueve soles que se había entregado previamente a la empresa A&J Inversiones por concepto de adelantos otorgados por avance de obras. Igualmente, cometieron el delito de falsedad genérica al haber insertado información falsa en el texto del laudo arbitral, en tanto se refería: (i) a la supuesta fecha en que fue firmado el laudo arbitral –veinticinco de julio de dos mil once–, y (ii) al cumplimiento del requisito de representatividad del representante del gobierno regional de Tumbes en la audiencia de conciliación para hacer eficaz el acuerdo que consta en el acta, y, por extensión, en el laudo.
5. Además, los encausados Jorge Villegas Algendonis y Javier Francisco Martín Rodríguez Vences –representantes de la empresa A&J Inversiones – cometieron el delito de cohecho activo genérico porque compraron y entregaron pasajes aéreos a la ciudad de Lima a los acusados Gerardo Fidel Viñas Dioses y Daniel Castañeda Serrano (delito de cohecho pasivo

propio), con la finalidad de que ambos, en violación de sus obligaciones, realicen en la audiencia de conciliación, actos que favorezcan indebidamente a la empresa antes mencionada en la ejecución contractual de la obra de mejoramiento y ampliación del sistema de agua potable en cuatro distritos de Tumbes.

6. Asimismo, los encausados Jorge Villegas Algendonis, Javier Francisco Martín Rodríguez Vences, Gerardo Fidel Viñas Dioses y Daniel Castañeda Serrano cometieron delito de colusión agravada porque se concertaron para defraudar al gobierno regional de Tumbes en la resolución contractual y liquidación de la obra en cuestión mediante la aludida conciliación arbitral.
7. Finalmente, se atribuyó a Daniel Castañeda Serrano –Procurador Público del Gobierno Regional de Tumbes– la comisión del delito de peculado, porque se habría apropiado de la suma de ochocientos setenta y uno soles de los viáticos asignados, por el monto de mil novecientos veintiún soles, con ocasión de su viaje a Lima entre los días doce y diecisiete de julio de dos mil once.

SEGUNDO. Que la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, expedida por el Primer Juzgado Penal Unipersonal Nacional, (i) absolvió a los ocho acusados por el delito de asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado; (ii) absolvió a Viñas Dioses y Castañeda Serrano por el delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado; (iii) absolvió a Villegas Algendonis por los delitos de colusión agravada y de cohecho activo genérico en agravio del Estado; (iv) absolvió a Rodríguez Vences por el delito de cohecho activo genérico en agravio del Estado; (v) absolvió a Lachira Pasache por el delito de colusión agravada en agravio del Estado; (vi) absolvió a Córdova Paker por el delito de colusión agravada en agravio del Estado; (vii) absolvió a Rivera Vílchez y García Briones por el delito de colusión agravada (cómplices primarios) en agravio del Estado; a Guzmán Halberstadt, Rivera Vílchez y García Briones por el delito de falsedad ideológica en agravio del Estado; y, a Rivera Vílchez y García Briones por el delito falsedad genérica en agravio del Estado; (viii) condenó a Viñas Dioses por delito de colusión agravada (autor) en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad; (ix) condenó a Castañeda Serrano por delitos de colusión agravada y peculado doloso por apropiación (autor) a un total de catorce años de pena privativa de libertad; (x) condenó a Quinde Rojas por delito de colusión agravada (cómplice primario) en agravio del Estado a diez años de pena privativa de libertad; (xi) condenó a Rodríguez Vences por delito de colusión agravada (cómplice primario) en agravio del Estado a diez años de pena privativa de libertad; (xii) condenó a Guzmán Halberstadt por delitos de colusión agravada y falsedad genérica a un total de doce años de pena privativa de libertad; (xiii) suspendió las actividades de la persona jurídica A&J Inversiones por un año y ordenó la



intervención de la autoridad administrativa por ese mismo periodo; **(xiv)** impuso la pena de inhabilitación por cinco años a Viñas Dioses, Castañeda Serrano, Quinde Rojas, Rodríguez Vences y Guzmán Halberstadt; y, **(xv)** fijó en quinientos mil soles el monto por concepto de reparación civil que abonarán solidariamente los condenados.

TERCERO. Que, interpuesto el recurso de apelación por los afectados y previo procedimiento de impugnación en segunda instancia, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional emitió la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete, que, en lo pertinente, **(i)** confirmó la absolución materia de la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil diecisiete, en los extremos ya citados; **(ii)** revocó la condena a Guzmán Halberstadt por delito de colusión agravada (cómplice) y lo absolvió; al igual que la condena a Castañeda Serrano por el delito de peculado doloso por apropiación; **(iii)** revocó la absolución a Villegas Angeldonis por delito de colusión agravada y, reformándola, lo condenó por ese delito (cómplice) a seis años de pena privativa de libertad; condenó a Jorge Villegas Angeldonis y Javier Francisco Martín Rodríguez Vences por delito de colusión agravada; **(iv)** confirmó la condena a Viñas Dioses por delito de colusión agravada y revocó la pena impuesta, la que fijó en siete años de privación de libertad; **(v)** confirmó la condena a Castañeda Serrano por delito de colusión agravada y revocó la pena impuesta, la que fijó en seis años de privación de libertad; **(vi)** confirmó la condena a Quinde Rojas por delito de colusión agravada y revocó la pena impuesta, la que fijó en seis años de privación de libertad; **(vii)** confirmó la condena a Rodríguez Vences por delito de colusión agravada y revocó la pena impuesta, la que fijó en seis años de privación de libertad; **(viii)** confirmó la condena a Guzmán Halsbertadt por delito de falsedad genérica y revocó la pena impuesta, la que fijó en dos años de privación de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año; **(ix)** revocó la medida impuesta a la persona jurídica A&J Inversiones y, reformándola, la absolvió de los cargos; **(x)** confirmó la suma por reparación civil e, integrándola, ordenó el pago de dos millones cuatrocientos cuarenta y nueve mil cuatrocientos ochocientos ochenta y tres soles que devolverá al Estado la empresa A&J Inversiones; y, **(xi)** confirmó en lo demás que contiene.

Contra la citada sentencia de vista, los acusados **(i)** Jorge Villegas Angeldonis y **(ii)** Javier Francisco Martín Rodríguez Vences, al igual que la **(iii)** señora Fiscal Superior Nacional, interpusieron recurso de casación.

CUARTO. Que la señora Fiscal Superior Nacional, en su recurso de casación de fojas mil doscientos noventa y tres, de cinco de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó



los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material y falta de motivación (artículo 429, incisos 1, 3 y 4, del Código Procesal Penal).

Incidió en la intervención punible de los árbitros en consolidación de la concertación entre los funcionarios del gobierno regional de Tumbes y de la empresa A&J Inversiones para afectar el patrimonio del primero; en la incorporación de la circunstancia agravante genérica de pluralidad de personas en el delito de colusión y demás delitos de encuentro; en la calificación de los viáticos como objeto material del delito de peculado; en la corrección de la valoración de la prueba respecto de Córdova Paker, a quien se absolvió, pese a que con ese mismo material probatorio se condenó a Viñas Dioses, Castañeda Serrano, Rodríguez Vences y Villegas Angeldonis; en la responsabilidad de A&J Inversiones y su intervención en la comisión de los delitos de colusión y cohecho, lo que exige analizar los alcances del artículo 105 del Código Penal; en la correcta interpretación de los alcances de los delitos de cohecho activo genérico y cohecho pasivo propio –y la incorrecta definición de los mismos por el Tribunal Superior–.

QUINTO. Que el encausado Villegas Angeldonis en su recurso de casación de fojas mil ciento treinta y nueve, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal).

Enfatizó en el hecho de que pese a que fue absuelto en primera instancia, el Tribunal Superior, apartándose de la doctrina de la Corte Suprema, lo condenó, así como porque el Fiscal Superior en el juicio de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule ese extremo absolutorio; además, porque el hecho atribuido no constituye delito de colusión, dado que la ejecución contractual se produjo en el marco de un proceso arbitral –no desde el contexto contractual-administrativo–, y porque en este delito se ha de acudir al precepto extra penal para identificar si concurre el contexto fáctico normativo en orden a una contratación pública.

SEXTO. Que el encausado Rodríguez Vences, en su recurso de casación de fojas mil doscientos treinta, de cuatro de setiembre de dos mil diecisiete, invocó el acceso excepcional al citado recurso (artículo 427, numeral 4, del Código Procesal Penal); y, como motivos de casación, planteó los de: inobservancia de precepto constitucional, vulneración de precepto material, falta de motivación y apartamiento indebido de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1, 3, 4 y 5, del Código Procesal Penal).



Destacó que se le condenó por el delito de colusión por el hecho de que conocía del acuerdo colusorio, pero la ley exige que se realice actos de concertación; que conocer no es concertarse –primero debe acreditarse los elementos objetivos del tipo legal y, luego, el elemento subjetivo–; que no se utilizó correctamente las exigencias de la prueba indiciaria; que no se configuró el contexto fáctico normativo exigido por el tipo legal; que no se definió los alcances de la ejecución contractual en un proceso arbitral, lo que determinaría la no criminalidad de los hechos por colusión, así como también si todo terminó por una transacción en un proceso arbitral no es posible la configuración del delito de colusión; que no puede haber perjuicio si no se invalidó la liquidación de la obra cuestionada; que debe determinarse lo que debe entenderse por la expresión “suficiente actividad probatoria”.

SÉPTIMO. Que el encausado Guzmán Halberstadt, en su recurso de casación de fojas mil doscientos ochenta y tres, invocó el motivo de casación de vulneración de precepto material y el acceso excepcional al indicado recurso. Afirmó que la necesidad de fijar parámetros objetivos para la interpretación del delito de falsedad genérica y de la institución de la prescripción. Este recurso, empero, fue desestimado de plano.

OCTAVO. Que, empero, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas mil ciento noventa y siete del cuadernillo de casación, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, y a la Ejecutoria aclaratoria de fojas mil trescientos doce, de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho, lo único que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- A. Se aceptó como motivos de casación los de quebrantamiento de precepto procesal y vulneración de precepto material (artículo 429, incisos 2 y 3, del Código Procesal Penal).
- B. El examen casacional está circunscripto a dilucidar: (i) la punibilidad de los árbitros en un proceso de contratación para la ejecución de obra cuando han concertado con los funcionarios y la empresa privada; (ii) si la pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito, para los casos de colusión y demás delitos de encuentro, donde se ven involucrados dos partes, constituye una circunstancia agravante para la determinación de la pena; (iii) la aplicación de medidas a la persona jurídica vinculada, por su actividad y organización, a un hecho punible (artículos 105 y 105-A del Código Penal); (iv) si el Tribunal de Apelaciones puede condenar al absuelto, pese a que el Ministerio Público en su alegato de clausura planteó su pretensión y no solicitó la condena, sino la nulidad de la sentencia absolutoria de primera instancia, y su relación con el principio de jerarquía funcional (artículo ciento cincuenta y nueve, incisos tres y cuatro, de la Constitución); (v) si se puede apartar injustificadamente de la doctrina jurisprudencial



vinculante de la Corte Suprema de Justicia que prohíbe la condena al absuelto y la posible vulneración del principio de igualdad; y, (vi) si respecto del dolo, es necesario establecer primero la tipicidad objetiva –con la consiguiente acreditación de los elementos del tipo (autor, conducta, imputación objetiva y resultado)–, y, luego, recién ingresar al análisis del tipo subjetivo (dolo).

NOVENO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de las Ejecutorias anteriores –con la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa de los imputados Viñas Dioses y Rodríguez Vences, corriente a fojas mil doscientos cuarenta y cuatro y mil doscientos cincuenta, de tres de mayo de dos mil dieciocho del cuadernillo de casación–, se expidió el decreto de fojas mil doscientos cincuenta y dos, de ocho de mayo de dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación el día dos de agosto último.

DÉCIMO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de: (i) el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Abel Salazar Suarez; (ii) el señor abogado defensor de Viñas Dioses, doctor Carlos Barrientos Calle; (iii) el señor abogado defensor de García Briones, doctor Juan Manuel Berlanga Zúñiga; (iv) el señor abogado defensor de Rodríguez Vences, doctor Percy Eduardo León Alva; (v) el señor abogado de Villegas Angeldonis, doctor David Josué Álvarez Marín; y, (vi) el señor abogado defensor de Rivera Vílchez, doctor José Alberto Montoya Pizarro. Hizo uso de la palabra el encausado en cárcel Viñas Dioses mediante videoconferencia.

UNDÉCIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta en la misma fecha. Efectuada, tras el preceptivo debate, la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ 1. INTRODUCCIÓN

PRIMERO. Que, dentro del *factum* acusatorio, como hecho de carácter principal declarado probado, se tiene que se produjo un concierto ilícito entre altos funcionarios del gobierno regional de Tumbes con la empresa A&J Inversiones, en cuya virtud, como consecuencia de la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen” y en virtud



de un diferendo respecto de los pagos que debían entregarse o devolverse, según el caso, se celebró una transacción en sede arbitral que perjudicó los intereses patrimoniales del gobierno regional de Tumbes, al punto incluso que el Procurador Regional carecía de los poderes necesarios para celebrar esta transacción, hecho del que incluso no podían ser ajenos los árbitros del Tribunal respectivo.

A final de cuentas, de una pretensión de trece millones y medio de soles por parte del gobierno regional a la empresa A&J Inversiones se transigió en que este último pagaría a la citada empresa la suma de tres millones trescientos mil soles. Nada justificaba tal transacción. Es significativo destacar, en esta perspectiva fáctica, que la empresa A&J Inversiones pagó pasajes de avión a la ciudad de Lima a los encausados Viñas Dioses y Castañeda Serrano para la realización de actos indebidos para favorecer a dicha empresa.

SEGUNDO. Que, desde el delito de colusión, es de precisar que la comisión del mismo puede ocurrir antes de la celebración de una contratación pública como, luego, en su ejecución o en la liquidación de la misma. En cualquier etapa de la contratación pública es factible que se produzca un concierto ilegal o delictivo en perjuicio del interés público –las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatorio [SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Pública*, Editorial Grijley, Lima, 2016, p. 324]–.

Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción. Ese fue el marco formal de la consolidación de una concertación que importó una afectación patrimonial al gobierno regional de Tumbes.

Conforme se indicó en el Informe Especial, elaborado por la Contraloría General de la República –debidamente explicado en el acto oral–, se estableció que el perjuicio total al gobierno regional de Tumbes ascendió a nueve millones doscientos veinticinco mil ciento cuatro soles con nueve céntimos [conforme: Sección XIV, folios ciento dos a ciento seis de la sentencia de primera instancia].

Es patente, entonces, que se está ante una colusión agravada. No está en discusión, pues, la realidad del indicado tipo penal.

§ 2. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO VILLEGAS ANGELDONIS

TERCERO. Que el encausado Villegas Angeldonis era el Gerente General de la empresa A&J Inversiones, y, como tal, intervino en la audiencia de conciliación de trece de julio de dos mil once –al igual que el gerente técnico de la misma, Manuela del Socorro Vigo Rabanal–. Además, participó en la sesión del Consejo Regional de Tumbes el diez de febrero de dos mil once en



la que expuso sobre las controversias de su empresa con el gobierno regional de Tumbes; y, presentó demandas, ampliaciones y liquidaciones requiriendo pagos al gobierno regional de Tumbes.

La sentencia de primera instancia absolvió a Villegas Angeldonis porque entendió que en esa audiencia, ante el comentario de Vigo Rabanal sobre sus dudas respecto de la representatividad de Quinde Riojas por el gobierno regional de Tumbes, le pidió que lo hiciera saber a los asistentes, lo que en efecto se hizo. Hecho que, a su juicio, pone en duda la efectiva colusión con Rodríguez Vences, Viñas Dioses y Castañeda Serrano. Además sostuvo que la ganancia era para el dueño de la empresa Rodríguez Vences y no para él, quien era un empleado de la misma [véase numeral 6, punto 2, punto 4, folios ciento cuarenta y ocho a ciento cuarenta y nueve].

La sentencia de segunda instancia, en cambio, condenó a Villegas Angeldonis porque pese a conocer el vicio de representatividad de Quince Riojas decidió continuar con la diligencia; que los acuerdos arribados en esa audiencia, por su complejidad, fueron previos a la propia diligencia; que dicho encausado no solo participó como Gerente General de A&J Inversiones, sino que por su importancia económica los consultó previamente con el accionista mayoritario Rodríguez Vences; que, además, al día siguiente solicitó la ejecución del acuerdo y pidió la devolución de la carta fianza, pese a que sabía que debía esperar que el gobierno regional presente la resolución autoritativa del acuerdo de transacción: que el citado encausado constantemente presentaba requerimientos mediante cartas, interpuso demanda e incluso formuló una denuncia [véase numeral 61, punto 5, folios noventa y ocho a cien].

CUARTO. Que, en este caso, se cuestiona si era posible en segunda instancia condenar al absuelto en primera instancia, habida cuenta de la existencia de una sentencia de casación que concluyó que tal potestad del Tribunal Superior no era posible. El imputado, además, señaló que el señor Fiscal Superior en sede de segunda instancia no pidió que se le condene sino que se anule la absolución.

1. Una respuesta precisa al problema parte de invocar, firmemente, lo dispuesto en el artículo 425, apartado 3, del Código Procesal Penal, que dice: “La sentencia de segunda instancia [...] puede: b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar...”. La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional –véase, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 83, numeral 2–.



2. Cabe enfatizar, más allá de que una sentencia de casación señaló la inviabilidad de condenar al absuelto, que finalmente la Sala Constitucional y Social de esta Corte Suprema –órgano jurisdiccional competente funcionalmente cuando se trata de consultas en materia de inaplicación de normas con rango de ley (artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por tribunales inferiores, en su sentencia de veintidós de octubre de dos mil quince, afirmó la constitucionalidad de esta opción y, por consiguiente, desaprobó una consulta en sentido contrario elevada por la Corte Superior de Justicia de Junín (Consulta número 15852-2014/Junín).

3. Nuestro recurso de apelación es típicamente ordinario –se puede plantear bajo causas de pedir y *petitum* de hecho (impugnar el juicio de culpabilidad o de inocencia) y de derecho (correcta interpretación y/o aplicación de los preceptos jurídicos)–; y, además, es igual, en cuanto a sus alcances, tanto si tiene contenido acusatorio como defensivo. No existen diferencias entre los recursos del fiscal, del actor civil o del imputado –se asume como fundamental el principio de igualdad de armas–; los motivos o causales para apelar son los mismos, no hay restricciones específicas para alguna de las partes.

4. Si bien el Código Procesal Penal opta por un sistema de *revisio prioris instantiae* –no por el *novum iudicium*–, (i) autoriza la actuación de pruebas no actuadas en primera instancia, bajo determinados límites (artículo 422, apartados 2 y 3, del Código Procesal Penal: pruebas cuya existencia se desconocía, pruebas indebidamente denegadas y pruebas admitidas que no fueron practicadas); (ii) incluso, permite la citación de testigos –incluidos los agraviados– cuya presencia sea necesaria por exigencias de inmediación y contradicción a fin de sustentar el juicio de hecho (artículo 422, apartado 5, del Código Procesal Penal); y, (iii) introduce un límite radical respecto de la valoración de 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– (artículo 425, apartado 2, del Código Procesal Penal).

5. En esta perspectiva la audiencia de apelación –en la que se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativa al juicio de primera instancia (artículo 424, apartado 1, del Código Procesal Penal– requiere la presencia del acusado, sea recurrente o recurrido si la impugnación procede del Fiscal. Si el imputado es parte recurrida su inasistencia, si bien no impide el desarrollo de la audiencia, determinará se le declare reo contumaz y se disponga su conducción coactiva (artículo 423, numerales 2 y 4, del Código Procesal Penal). Es claro, en esta última posibilidad, que la sentencia de vista no puede comprender al acusado contumaz inasistente si fuera del caso revocar un fallo de primera instancia absolutorio (véase el artículo 79, numeral 5, del Código Procesal Penal), pues se requiere escucharlo para conformar el juicio de hecho.



QUINTO. Que, cuando se cuestiona el juicio de hecho, como en el presente caso, las exigencias del debido proceso –de equidad del procedimiento penal, en tanto que los principios de inmediación, publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos–, requiere, fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública –con presencia de los demás interesados o partes adversas–, incluso de los testigos cuyo testimonio sirve de sustento al juicio de hecho, pues en todo momento se ha respetar la posibilidad de contradicción. Es de tener presente que para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además, con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos (artículo 422, numeral 5, del Código Procesal Penal). No es suficiente, a estos efectos, la grabación del juicio de primera instancia (conforme: Sentencia del Tribunal Constitucional Español 105/2014, de veintitrés de junio).

En estos casos, como proclamó la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resulta preciso que el Tribunal de Apelación lleve a cabo un examen “directo y personal” del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una “nueva audiencia” en presencia de los demás interesados o partes adversas (STEDH Hermi c. Italia, de 18 de octubre de dos mil seis, párrafo sesenta y cuatro). Incluso tal “nueva audiencia” es necesaria cuando la inferencia del Tribunal de Apelación ha tenido relación con elementos subjetivos (STEDH Cadena Calero c. España, de veintidós de noviembre de dos mil once, párrafo cuarenta y seis).

La inmediación es, pues, relevante porque permite al órgano jurisdiccional sentenciador perciba, en cuanto a las pruebas personales se trata, por sí mismo y sin ningún tipo de traba, los testimonios de las personas que han de deponer en su presencia, para que de este modo pueda, sin ningún tipo de interferencias, participar y adquirir finalmente, considerando que los testimonios son fiables o no, el conocimiento necesario sobre el modo y circunstancias en las que se produjeron los hechos objeto de enjuiciamiento, y ello con el fin último de fallar la causa de la forma más ajustada a la realidad [SÁNCHEZ ROMERO, ROSARIO: *La garantía jurisdiccional de inmediación en la segunda instancia penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017, pp. 31/32].

SEXTO. Que, fijada la doctrina sobre la materia, en el presente caso se tiene:

1. En la audiencia de apelación –en sus treinta y ocho sesiones, del veinte de abril al veintiuno de agosto de dos mil diecisiete– solo declararon parte de los encausados y se oralizó prueba documental. El imputado recurrido Villegas Angeldonis –quien estuvo presente en la audiencia– no declaró respecto de los motivos de la apelación del Ministerio Público, solo se dio lectura a su



declaración en sede de primera instancia (sesión de dieciocho de julio de dos mil diecisiete), e hizo de su derecho a la última palabra (sesión de tres de agosto de dos mil diecisiete).

2. La sentencia de vista impugnada, que alteró la apreciación del cuadro de hechos e infirió un juicio de culpabilidad, se sustentó no sólo en la prueba documental que citó (cartas, demanda civil, denuncia penal) sino también prueba personal (testifical) respecto a si advirtió la falta de representatividad de Quinde Riojas –este punto se destacó a propósito de la declaración en primera instancia de la gerente técnica de A&J Inversiones, Vigo Rabanal, y a su intervención previa en las últimas fases del contrato cuestionado y en sus relaciones con su coimputado Rodríguez Vences.

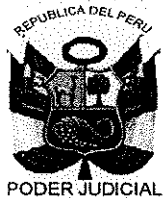
3. Siendo así, en el caso concreto, no era posible dictar condena sin recibir de nuevo las declaraciones de los árbitros, de Quinde Riojas y de Vigo Rabanal, así como sin atender a lo expuesto por Rodríguez Vences en la audiencia de segunda instancia. Por consiguiente, al omitirse esas diligencias y pautas de valoración, la condena del absuelto vulneró los principios de inmediación y publicidad, que integran la garantía del debido proceso, y el principio de contradicción, que integra la garantía de defensa procesal. La nulidad es, pues, inevitable, conforme al artículo 150, literal d), del Código Procesal Penal.

4. Dada esta conclusión, no es del caso pronunciarse acerca de si, además, medió un problema de congruencia ante el pedido de la Fiscalía Superior y la decisión del Tribunal de Apelación –de anulación del fallo de primera instancia a condena del absuelto–.

§ 3. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO RODRÍGUEZ VENCES

SÉPTIMO. Que la sentencia de vista impugnada declaró probado: (i) que el encausado Rodríguez Vences es el accionista mayoritario, con el noventa y cinco por ciento de las acciones, de la empresa A&J Inversiones; (ii) que dicha empresa resultó favorecida con el laudo arbitral; (iii) que del número de teléfono celular novecientos setenta y ocho quinientos veinticinco cero treinta y cinco –perteneciente a la empresa y a cargo de la gerente técnico Vigo Rabanal– se efectuaron numerosas llamadas a integrantes del gobierno regional de Tumbes y un árbitro; (iv) que estaba pendiente de la controversia y conocía de los acuerdos previos, que favorecían a A&J Inversiones, así como que tenía poderes generales iguales a los que corresponden al gerente general; y, (v) que, de otro lado, la documentación con el gobierno regional y la intervención en el proceso arbitral correspondió al gerente general Villegas Angeldonis.

OCTAVO. Que, según se advierte del punto 6.2.2 de la sentencia de primera instancia [folio ciento treinta y dos de la sentencia] se está ante una sociedad anónima privada, del que el encausado Rodríguez Vences de Presidente del



Directorio. Dicho encausado se abstuvo de declarar en primera y segunda instancia –solo se dio lectura a su declaración sumarial–, como consta de fojas cuatrocientos siete, de seis de octubre de dos mil dieciséis. En su autodefensa en sede de primera y segunda instancia expuso que no conoció a Vinces Dioses; que los contratos se cumplieron a cabalidad, incluso la empresa tiene certificado de conformidad de obra; que no firmó contrato con Vinces Dioses; que la empresa no quiso dejar la obra, pero el gobierno regional de Tumbes puso trabas [fojas cuatrocientos treinta y tres y novecientos ochenta y seis].

NOVENO. Que la sentencia de vista, como quedó indicado, razona, respecto del encausado recurrente Rodríguez Vences, que conocía los entretelones de las diferencias entre el gobierno regional de Tumbes y que, como accionista mayoritario, tenía conocimiento de todo lo acontecido, al punto que el acuerdo arribado con el gobierno regional favoreció a la empresa A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada. Es verdad, de otro lado, que toda la documentación e intervención material en el proceso arbitral correspondió al gerente general de la referida empresa, encausado Villegas Angeldonis, gerente general.

Empero, es de tener en cuenta que, tratándose de directivos de una empresa, como lo era Rodríguez Vences al tener la condición de Presidente del Directorio –más allá que sea el propietario del noventa y cinco por ciento de las acciones de la misma–, solo bajo determinados parámetros o condicionantes puede atribuírseles competencias organizativas en decisiones antijurídicas en la administración de la empresa. Es patente que con base en estas competencias ha de analizarse la imputación objetiva y la imputación subjetiva. Se ha de partir, de un lado, (i) de la disociación que puede existir, siempre en función a la complejidad organizativa de la empresa, entre el directivo –que toma decisiones directivas– y el administrador o gerente –que asume la función de gestión–, en cuyo marco debe examinarse si el Presidente del Directorio, el Directorio como ente colectivo, o la Junta General de Accionistas permitió o favoreció abiertamente la comisión de un delito; y, de otro lado, (ii) de la imputación de conocimiento requerido para el dolo, a partir de las competencias de conocimiento –si debió tenerlas consigo en atención a sus concretas circunstancias personales– y de las características de la organización empresarial [conforme: GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Económico – Parte General*, 2da. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, pp. 713/729].

DÉCIMO. Que estas exigencias típicas generales –objetivas y subjetivas– no han sido desarrolladas por el Tribunal Superior. Solo menciona que el imputado Rodríguez Vences sabía de lo sucedido y, por ello, es responsable penal a título de autor. La imputación objetiva y la imputación subjetiva, como quedó expuesto, requieren que se dilucide lo que se tiene expuesto en el



fundamento jurídico noveno. La interpretación de la tipicidad general ha sido incorrecta, así como la del tipo penal de colusión en este concreto ámbito de organización.

Es evidente que para ser partícipe en la comisión de un delito contra la Administración Pública se requiere de una acción consciente dirigida —en el caso del delito de colusión— a la defraudación del patrimonio público. Tal conducta podría revestir la forma de complicidad primaria si se advierte la realización por parte —en este caso— del presidente del directorio (socio no administrador) de un acto sin el cual el delito no se habría cometido; o de complicidad secundaria si hubiera coadyuvado a su ejecución con actos anteriores o simultáneos. Todo ello más allá, desde luego, de que un presidente del directorio asumiera la condición de administrador de hecho de la empresa en cuestión. Es patente, asimismo, que estas exigencias típicas requieren de la prueba necesaria, más allá de toda duda razonable.

El motivo de casación de infracción de precepto material debe ampararse. Y estando a que para su dilucidación se requiere un nuevo debate, la casación debe ser con reenvío (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal).

§ 4. *DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ÁRBITROS, ENCAUSADOS GARCÍA BRIONES Y GUZMÁN HALBERSTADT*

UNDÉCIMO. Que la sentencia de segunda instancia, respecto de los árbitros, confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, absolvió a los encausados García Briones y Guzmán Halberstadt de la acusación fiscal formulada en su contra por complicidad primaria del delito de colusión agravada —este último fue condenado en primera instancia—. El acusado Rivera Vilchez fue absuelto en primera instancia y ese fallo no fue apelado; luego, su situación jurídica quedó firme.

El Tribunal Superior consideró que la conducta de los árbitros es atípica, desde el tipo penal de colusión, porque, en atención a su ámbito de actuación, a lo mucho podrían ser sancionados en el ámbito administrativo, de conformidad con la legislación de contrataciones públicas. Que su intervención, en el caso concreto, se limitó a homologar el acuerdo conciliatorio propuesto por las partes, conforme a la ley de arbitraje —en ese proceso, como es obvio no se había definido la controversia—. Que no sabían del acuerdo colusorio entre el gobierno regional de Tumbes y la empresa A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada. Que tampoco se probó que ellos notificaron la resolución respectiva, aun cuando se falsificó la firma de la Secretaria Arbitral.

DUODÉCIMO. Que solo el caso concreto, tal como tuvo lugar, permite determinar si un suceso histórico es penalmente típico. La complicidad es una forma de participación y quien la realiza tiene, respecto del autor, un papel



secundario en la realización del delito. El partícipe efectúa contribuciones o auxilios, anteriores o simultáneos, que son útiles para la realización de un delito. La esencialidad del aporte permite diferenciar la complicidad primaria de la complicidad secundaria.

DECIMOTERCERO. Que el acuerdo colusorio, que importa una efectiva defraudación patrimonial al Estado, debe ser realizado por un funcionario que tenga una relación funcional específica en el marco de una contratación pública –se trata de la infracción de un deber especial, en virtud de una competencia institucional–. Luego, el *extraneus* no puede ser autor del delito, solo cómplice. Como la defraudación se concretó, desde una serie de actos previos, mediante la homologación del acuerdo conciliatorio realizada por los árbitros, pese a que ésta no podía realizarse en atención a la ausencia de poderes del funcionario que representaba los intereses del gobierno regional de Tumbes, la imputación objetiva es evidente –el suceso histórico global así lo determina–. Distinto es el examen del marco de imputación subjetiva –si se puede imputar a los árbitros el conocimiento no solo de lo ilícito del acuerdo conciliatorio sino de la defraudación a la Administración Pública–, competencia de conocimiento que debe realizarse en atención a sus concretas circunstancias personales.

En ambos análisis de la imputación penal el Tribunal Superior obvia lo que se requiere en materia de imputación objetiva e imputación subjetiva, y se desconoce los alcances de la complicidad. No es de recibo realizar un examen aislado de la intervención de los árbitros cuando la imputación se centra en una lógica de actuación concertada.

Por consiguiente, el motivo de casación de infracción de precepto material debe ampararse. Y estando a que para su dilucidación se requiere un nuevo debate, la casación debe ser con reenvío (artículo 433, numeral 1, del Código Procesal Penal).

§ 5. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO CASTAÑEDA SERRANO

DECIMOCUARTO. Que las sentencias de instancia, en orden al delito de peculado por apropiación, declararon probado que el Procurador Público Regional Castañeda Serrano se le proporcionó, por concepto de viáticos, la suma de mil novecientos veintiún soles, para asistir a la audiencia de conciliación en el proceso arbitral ya mencionado. De ese monto, el indicado encausado declaró que pagó la suma de ochocientos setenta y un soles por la adquisición del pasaje aéreo Tumbes – Lima – Tumbes, pese a que dicho pasaje fue financiado por la empresa A&J Inversiones; por tanto, se apropió de esa suma de dinero.

El Tribunal Superior estimó que los viáticos no entran en la órbita de los bienes que sean caudales o efectos, por lo que no se configura ese deber de



garante de parte del funcionario público que, por apropiación o por utilización cometa el tipo penal.

DECIMOQUINTO. Que, según se declaró en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 2938-2013/Lima, de veintiocho de abril de dos mil quince, desde el Derecho Presupuestal, los viáticos administrativos o en comisión de servicios se entregan a un servidor público para el cumplimiento de una específica actividad funcional y comprende gastos por alimentación, hospedaje y movilidad –esta es su finalidad, no otra–. La normatividad pertinente fija unos montos-topes y, por lo demás, exige la dación en cuenta –debidamente justificada con la documentación pertinente, sujeta incluso a requisitos previos, condiciones y a un control posterior– para que las sumas no utilizadas reviertan al tesoro público.

En tal virtud, no se trata de una asignación laboral permanente o transitoria que integra el haber mensual del servidor –la denominación de “viáticos” no puede llamar a error o confusión–, sino de un dinero público con una finalidad de gestión o administración específica y reglada para cumplir instrumentalmente concretas actividades encomendadas en orden a la consecución de objetivos institucionales. Administrar, en estas condiciones, significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas; el funcionario debe tener dominio sobre el dinero debido a sus funciones.

En consecuencia, al erigirse en un caudal público (definido como bienes de contenido económicos –es decir, bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio, incluido el dinero, conforme al Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116)– con un destino determinado sujeto a controles posteriores –por lo demás, todo caudal o dinero público, por la propia naturaleza de la función pública, está sujeta a supervisión y control por los órganos del sistema de control nacional–, la apropiación de sumas no gastadas, más aun cuando se engaña a la Administración al momento de rendir cuentas –se afirma falsamente un gasto que en verdad no se realizó–, constituye una conducta idónea para configurar el tipo delictivo de peculado por apropiación.

DECIMOSEXTO. Que, en consecuencia, la interpretación del tipo penal de peculado por apropiación en relación a viáticos, parte de los cuales se apoderó el imputado Castañeda Serrano, fue incorrecta y, en consecuencia, determinó una absolución infundada. Se afirmó la atipicidad de una conducta que, objetivamente, es típica.

El recurso acusatorio del Fiscal debe estimarse y así se declara. El Tribunal Superior debe expedir nuevo fallo en este extremo acatando por completo la interpretación del tipo penal en cuestión.

**§ 6. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO CÓRDOVA PAKER**

DECIMOSÉPTIMO. Que el recurso de apelación del Ministerio Público respecto del encausado Córdoba Paker, Gerente Regional de Infraestructura, se limitó a alegar un *error facti* en la apreciación de la prueba. En efecto, había emitido un pronunciamiento oficial, en el sentido que la empresa A&J Inversiones SAC tenía un saldo a pagar a favor del gobierno regional por más de trece millones y medio de soles, pese a lo cual terminó aprobando el acurdo conciliatorio que determinó un pago de tres millones trescientos mil soles a favor de dicha empresa, al punto que tramitó con inusitada celeridad el Informe Técnico número 674-2011 para que se lleve a cabo la conciliación, y negoció con Guzmán Halberstadt la celebración de la indicada audiencia, a la par que envió a Quinde Riojas para que intervenga en la misma, pese a no tener poder para hacerlo.

Al respecto, la sentencia de vista estimó que su intervención fue antes y después del acto colusorio, que el informe oficial fue elaborado por Saavedra Guzmán, Sub Gerente de Obras, y la autorización a Quinde Riojas fue para apoyar las labores del Procurador Regional Castañeda Serrano no para que firme la conciliación. Por ello, ratificó la absolución desde que no se superó el estándar de más allá de toda razonable.

DECIMOCTAVO. Que es de acotar que este punto no es materia del ámbito excepcional casatorio aceptado por este Tribunal Supremo. Por lo demás, se trata de un problema referido a la *questio facti*; no se denuncia una infracción de una regla o precepto sobre prueba (*questio iuris*). Tampoco se resalta un vicio referido a la inferencia probatoria sobre la base de una vulneración de una ley lógica, máxima de experiencia o conocimiento científico.

El Tribunal Superior invocó un déficit acerca del estándar de prueba para condenar (más allá de toda duda razonable) y, desde esa perspectiva, no consta parámetro objetivo que permita sostener que la citada conclusión es irrazonable o arbitraria.

§ 7. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ENCAUSADOS VIÑAS DIOSES, CASTAÑEDA SERRANO, VILLEGAS ANGELDONIS, RODRÍGUEZ VENCES, GARCÍA BRIONES Y RIVERA VÍLCHEZ

DECIMONOVENO. Que la sentencia de vista confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto *(i)* absolvió a Viñas Dioses y Castañeda Serrano de la acusación fiscal por delito de cohecho pasivo propio; *(ii)* absolvió a Rodríguez Vences y Villegas Angeldonis de la acusación fiscal por delito de cohecho activo genérico; y, *(iii)* absolvió a García Briones y Rivera Vílchez de la acusación fiscal por delito de falsedad genérica. Rechazó el recurso acusatorio del Ministerio Público.



VIGÉSIMO. Que la Ejecutoria Suprema de calificación de fojas mil ciento noventa y siete, de diecinueve de enero de dos mil dieciocho, estableció, primero, que la competencia casacional estaba vinculada al acceso excepcional establecido en el artículo 427, apartado 4, del Código Procesal Penal, por lo que tiene un carácter discrecional y únicamente circunscripto a lo que específicamente se acepta.

Solo se aceptó el motivo de casación de infracción de precepto material en cinco puntos precisos. La responsabilidad penal de los árbitros –respecto del delito de colusión agravada–, la institución de la condena del absuelto –de relevancia constitucional y procesal–, la pluralidad de los agentes como agravante del delito de colusión, la vinculación de la persona jurídica en un hecho punible, y los supuestos de dolo en el delito de colusión agravada.

No ingresa en el ámbito del examen casacional los extremos fijados en el fundamento jurídico precedente. Por ende, no cabe pronunciamiento alguno.

§ 8. DE LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA JURÍDICA

VIGESIMOPRIMERO. Que la sentencia de vista impugnada, respecto de la empresa A&J Inversiones SAC, precisó que si bien es una persona jurídica que existe desde el año dos mil y llevó a cabo más de ciento cincuenta proyectos –muchos de ellos, de agua y alcantarillado–, ello pone en duda que sea una empresa instituida con una finalidad real encubierta relacionada con la comisión de delitos de colusión agravada u otros. Anotó, además, que no se encuentra acreditado que fue utilizada para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas, pues tenía en ejecución varias obras, gran capacidad de contratación y funcionaba desde tiempo atrás. Por todo ello, la absolvió de los cargos.

VIGESIMOSEGUNDO. Que el artículo 105 del Código Penal establece la aplicación de una medida contra una persona jurídica, en el curso de un proceso penal y por la comisión de un hecho punible, cuando (i) el delito se comete en ejercicio de su actividad o utilizando su organización; y, (ii) con el objetivo de favorecer o encubrir el delito en cuestión –que es el criterio de imputación fundamental–.

VIGESIMOTERCERO. Que, en primer lugar, la persona jurídica, con independencia de su historia social o antecedentes en actividades comerciales o de otra índole, por defectos de organización, se le utiliza para cometer delitos o encubrirlos, por lo que no es de recibo detallar como causal de exclusión de responsabilidad que tenía en curso varios negocios lícitos y tenía una larga data en la actividad mercantil –solo es viable esto último para evitar la medida más grave: la disolución de la persona jurídica, radicada en personas jurídicas constituidas y que operan habitualmente para favorecer,



facilitar o encubrir actividades delictivas—. En segundo lugar, debe existir una relación entre el injusto típico perpetrado y la actividad o la organización de la persona jurídica, y además que el objetivo de la intervención de esta última sea para favorecer o encubrir el hecho punible. En tercer lugar, en el caso concreto, es obvio que el contrato lo celebró dicha persona jurídica y al amparo de su actividad mercantil es que se perpetró el delito de colusión agravada, con la intervención de gerentes vinculados a su administración y gestión —sin perjuicio de establecer la intervención de directivos de la misma— (la empresa A&J Inversiones fue instrumental al delito y, formalmente, a ella fue destinada los beneficios económicos ilícitos resultantes del delito).

En conclusión, se interpretó incorrectamente el artículo 105 del Código Penal; y, con ello, se le inaplicó, determinando una absolución infundada. El Tribunal Superior debe dictar nuevo fallo al respecto y tener en cuenta, además, los criterios de fundamentación y medición del artículo 105-A del Código Penal y el Acuerdo Plenario número 7-2009/CJ-116.

§ 9. DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE PLURALIDAD DE AGENTES Y DELITO DE COLUSIÓN AGRAVADA

VIGESIMOCUARTO. Que el delito de colusión agravada —como el delito de colusión simple— tiene como sujeto activo —o autor— al funcionario público que interviene por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación o cualquier operación pública o en las liquidaciones respectivas —aquel que intervenga de manera relevante en el proceso de contratación o de liquidación—. Es más, como la contratación pública puede ser compleja, es factible que en esas operaciones intervengan numerosos funcionarios —coautores—.

De otro lado, a título de inductores o cómplices primarios intervienen los terceros interesados, que igualmente según las características y entidad de la contratación o liquidación pueden ser varias personas naturales —la conducta de estos últimos, que incluso pueden ser funcionarios que no intervengan en el proceso por razón de su cargo, será la de partícipes, manteniéndose el mismo título de imputación—.

VIGESIMOQUINTO. Que, a los efectos de la individualización de la pena, el artículo 46, literal i), del Código Penal estipuló, como circunstancia agravante: “La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito” —en tanto que ello indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima, precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos [HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, 4ta. Edición, IDEMSA, Lima, 2011, p. 333]—, que a su vez puede implicar que se determine la pena concreta dentro del tercio intermedio o del tercio superior de la pena abstracta, según el caso. El vocablo



“agentes” comprende tanto autores, como instigadores y cómplices primarios –no así de los secundarios (Obra Citada, Idem).

VIGESIMOSEXTO. Que aun cuando se califique al delito de colusión como uno de encuentro, que presupone la intervención de un tercero interesado, si en la ejecución del indicado delito intervienen varios agentes en una u otra posición –siempre más de dos–, es indudable que es de aplicación la circunstancia agravante genéricas antes citada. La concreta ejecución del delito marca, desde la individualización de la pena, si se está ante más de dos agentes: más de un funcionario autor y/o más de un tercero interesado cómplice.

El Tribunal Superior al considerar que el vocablo “concertar” determina en sí mismo la participación de dos partes: *intraneus* y *extraneus*, siempre hay pluralidad de agentes y, por ende, que no se aplica el indicado precepto del Código Penal, interpretó erróneamente esta circunstancia agravante genérica y las características del tipo penal de colusión. No se trata que se intervengan dos partes –o posiciones en el proceso de contratación pública–, sino del número de personas que lo hagan.

En tal virtud, debe ampararse el recurso acusatorio y dictarse un fallo, amén de rescindente, rescisorio respecto de las penas impuestas –respecto de la situación jurídica de Viñas Dioses, Castañeda Serrano y Quinde Riojas–. Como se tiene una concurrencia de circunstancia de agravación y otra de atenuación (ausencia de antecedentes) la pena se determina dentro del tercio intermedio; y, en función al contenido de injusto y culpabilidad por el hecho. Este criterio ha sido seguido por el Tribunal de Primera Instancia, el que debe confirmarse.

§ 10. DE LAS COSTAS DEL RECURSO DE CASACIÓN

VIGÉSIMOSÉPTIMO. Que el artículo 504 del Código Procesal Penal las costas del recurso son pagadas por quien pierde el recurso que interpuso –es decir, están a cargo del vencido, según el artículo 497, apartado 3, del citado Código–; y, las costas se impondrán en caso gane el recurrente al recurrido si se opuso a la pretensión impugnatoria. Empero, el último precepto invocado autoriza a eximir las costas cuando existan razones serias y fundadas para litigar.

En el presente caso, los problemas presentados fueron complejos y demandaban una participación procesal intensa con argumentos jurídicos problemáticos. Siendo así, es razonable eximir de las costas a los vencidos

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADOS** parcialmente los recursos de casación, por las causales de quebrantamiento de precepto procesal e



RECURSO CASACIÓN N.º 1379-2017/NACIONAL

infracción de precepto material, interpuestos en lo pertinente por la señora FISCAL SUPERIOR NACIONAL y por la defensa de los encausados JORGE VILLEGAS ANGELDONIS y JAVIER FRANCISCO MARTÍN RODRÍGUEZ VENCES contra la sentencia de vista de fojas mil, de veintiuno de agosto de dos mil diecisiete. **II. CASARON** parcialmente la sentencia de vista; y, en consecuencia: **1. ORDENARON** que un nuevo Colegiado Superior realice nueva audiencia de apelación, cumpliendo cabalmente lo dispuesto en esta sentencia casatoria, respecto de (i) la revocatoria de la absolución del encausado Villegas Angeldonis por delito de colusión agravada y su respectiva condena; (ii) la confirmatoria de la condena al encausado Rodríguez Vences por delito de colusión agravada; (iii) la confirmatoria de la absolución a Héctor Hugo García Briones y César Guzmán Halberstadt por delito de colusión agravada; (iv) la revocatoria de la condena al encausado Castañeda Serrano y su absolución respectiva por el delito de peculado por apropiación; y, (v) la revocatoria de la imposición de medidas a la empresa A&J Inversiones Sociedad Anónima Cerrada y su absolución respectiva respecto del delito de colusión agravada. **2.** Actuando como instancia, **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, de diez de noviembre de dos mil dieciséis, en la parte que condenando a Gerardo Fidel Viñas Dioses, Daniel Castañeda Serrano y Juan Carlos Quinde Riojas por delito de colusión agravada en agravio del Estado a once años de pena privativa de libertad para el primero y diez años de la misma pena a los restantes; con lo demás que al respecto contiene. **III. DISPUSIERON** se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que proceda conforme a Ley, remitiéndose además copia certificadas de los actuados pertinentes al Juzgado de Investigación Preparatoria competente para la iniciación de la ejecución procesal de la condena y reparación civil a quienes resulten necesarios y su situación jurídica quedó firme. **IV. MANDARON** se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Ramiro Bermejo Ríos por licencia de la señora Juez suprema Elvia Barrios Alvarado. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

S. s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS

CSM/amon

- 22 -

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

04 SEP 2018



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 503-2018/MADRE DE DIOS
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

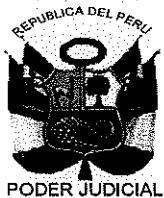
Condena del absuelto y malversación de fondos

Sumilla. 1. El cuestionamiento al fallo de primera instancia siempre se mantuvo firme y ni siquiera se alteró los argumentos impugnativos –que sostenían la *causa petendi*–, entonces, el fallo de vista que debía dictarse en ningún momento podría dejar de atender a la causa de pedir. El cambio del *petitum* debe entenderse, entonces, como un error que, por lo expuesto, no puede generar la desestimación liminar del recurso, pues ello atentaría contra el principio transversal de proporcionalidad y la garantía de tutela jurisdiccional, en su ámbito de interpretación de las normas impugnativas, desde una perspectiva *pro actione* y favorable a la efectividad del recurso. 2. El delito de malversación es uno de infracción de deber –situaciones de responsabilidad por competencias–. En este caso lo relevante es el deber institucional que ha de cumplir el imputado recurrente como Gobernador Regional –la fuente del deber es la propia ley de la materia–. Si es delegante debe delegar bien, supervisar razonablemente a su delegado (Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial) y, en su caso, corregirle o incluso sustituirle si ello es necesario para la observancia de la función de seguridad encomendada. Como se trata del manejo presupuestal de la institución mayor es el riesgo que debe controlar y más difícil su control, entonces, es más intensa sus tareas de supervisión.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cinco de febrero de dos mil diecinueve

VISTOS; en audiencia pública: los recursos de casación, por violación de doctrina jurisprudencial e infracción de precepto material, interpuestos por el señor FISCAL SUPERIOR DE MADRE DE DIOS y por el encausado JOSÉ LUIS AGUIRRE PASTOR, respectivamente, contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y uno, de veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete, en cuanto (i) declaró inadmisibile el recurso de apelación formulado por la Fiscalía contra la sentencia de primera instancia de fojas seiscientos once, de veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis, en la parte que absolvió a José Luis Aguirre Pastor, Jesús Cristhian Adrianzén Torres y Miguel Ángel Díaz Saavedra, Analí Yalut Portilla Garrido, Manuel Fernando Mendizabal Pablich y Erick del Castillo Inuma de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de peculado agravado en agravio del Estado; y, (ii) confirmando la referida sentencia de primera instancia condenó a José Luis Aguirre Pastor como autor del delito



de malversación en agravio del Gobierno Regional de Madre de Dios a tres años de pena privativa de libertad efectivo e inhabilitación por tres años, así como al pago de treinta mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación fiscal de fojas una, de siete de julio de dos mil catorce, se imputa a los encausados lo siguiente:

1. El encausado José Luis Aguirre Pastor, en su condición de Presidente del Gobierno Regional de Madre de Dios, emitió la Resolución Ejecutiva 011-2011-GOREMAD/PR, de diez de enero de dos mil once, en cuya virtud delegó funciones en materia presupuestal del Gobierno Regional de Madre de Dios al Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial del Gobierno Regional de Madre de Dios, acusado Jorge Eduardo Meléndez Ibérico.
2. De igual manera el procesado José Luis Aguirre Pastor, en su condición de Presidente del Gobierno Regional de Madre de Dios, emitió la Resolución Ejecutiva Regional 280-2011-GOREMAD/PR, de dieciocho de mayo de dos mil once, por la cual conformó el Comité Organizador de la “Vigésimo Tercera Feria y Exposición Agropecuaria, Agroindustrial, Forestal y Artesanal Regional de Madre de Dios 2011”, y nombró como presidente al encausado Miguel Ángel Díaz Saavedra, como secretario al absuelto Víctor Pareja Auquipata, como tesorero al absuelto Vidal Amarildo Salazar Aguilar, como comisario general al absuelto Juan Carlos Arzola Rozan, y como vocal al absuelto Salvador Mestanza Gonzales. Estos encausados conocían el autofinanciamiento en la organización y funcionamiento de las ferias agropecuarias realizadas en años anteriores.
3. Que, para fines de ejecución de la “Vigésima Tercera Feria y Exposición Agropecuaria, Agroindustrial, Forestal y Artesanal Regional de Madre de Dios 2011”, era necesario contar con recursos económicos. Es así que el imputado Jorge Eduardo Meléndez Ibérico, como Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial del Gobierno Regional de Madre de Dios, y el absuelto Eric Leónidas Torres Mayorga, como Sub Gerente de Presupuesto y Tributación del mencionado Gobierno Regional, formularon la Nota Modificatoria 349, de ocho de julio de dos mil once, mediante la cual efectuaron modificaciones en la partida 2.6 Adquisiciones de Activos no Financieros, es decir, se disminuyó presupuesto al Proyecto 2062736 “Mejoramiento de la vía de acceso al



RECURSO CASACIÓN N.º 503-2018/MADRE DE DIOS

Centro Poblado de Huetupe” por un monto de un millón trescientos mil soles, y al proyecto 2108278 “Mejoramiento de los Servicios Educativos de la I.E.B.R. Pedro Paulet de San Juan Grande” por un importe de setecientos ochenta mil doscientos veintiocho soles, todo lo cual hizo un total de dos millones ochenta mil doscientos veintiocho soles.

4. Dicho importe total se transfirió a la actividad 1000267 Gestión Administrativa en la partida 2.6.6.1.99.99 otros. Según el clasificador de gastos, esta partida corresponde al Grupo Subgerencia 2.6.6.1 que pertenece a “Gastos para la Adquisición de otros Activos Fijos”, tales como: animales, plantas, minas, canteras y otros bienes agropecuarios, pesqueros y mineros”.
5. Asimismo, el referido día ocho de julio de dos mil once el imputado Jorge Eduardo Meléndez Ibérico, Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial del Gobierno Regional de Madre de Dios, formuló la Nota Modificatoria 351, mediante la cual, dentro de la actividad 1000267 “Gestión Administrativa”, anuló el presupuesto de la partida 2.6.6.1.99.99 “Otros”, por el importe de dos millones ochenta mil doscientos veintiocho soles, y lo transfirió a la partida 2.3 Bienes y Servicios que corresponde a gastos corrientes, los mismos que fueron dispuestos y ejecutados en la “Vigésima Tercera Feria y Exposición Agropecuaria, Agroindustrial, Forestal y Artesanal Regional de Madre de Dios 2011”.
6. Los caudales públicos provenientes de las Notas Modificatorias 349 y 351, fueron dispuestos a través de resoluciones directorales administrativas, otorgándose encargos (llamados “habilitos”) autorizados por el imputado Jesús Christian Adrianzen Torres en su condición de Administrador del Gobierno Regional de Madre de Dios. El dinero se utilizó por los encausados Anali Yalut Portilla Garrido, Erick del Castillo Inuma y Manuel Fernando Mendizábal Pablich para el pago indiscriminado, irregular y sistemático de bienes y servicios en la Feria antes mencionada, al punto que solo en los meses de julio y agosto de 2011 dispusieron de la suma de trescientos setenta y ocho mil ciento sesenta soles, excediendo el monto establecido en la Directiva 001-2010-GOREMAD/GRPYAT-SGDIEI, procedimiento para el otorgamiento en la modalidad de encargos internos al personal de GOREMAD, aprobado por la Resolución Ejecutiva 48-2010-GOREMAD/PR, de cinco de febrero de dos mil diez, cuyo numeral siete establece que no se debe de exceder de 2 Unidades Impositivas Tributarias –estos montos variaban entre quince mil y treinta y tres mil soles–.



SEGUNDO. Que, en lo atinente a las sentencias de mérito, se tiene lo siguiente:

1. La sentencia de primera instancia de fojas seiscientos once, de veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis, a partir de lo expuesto en el fundamento de hecho precedente, condenó por unanimidad al imputado José Luis Aguirre Pastor como autor del delito de malversación en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad efectiva, doscientos días multa e inhabilitación por el término de la pena impuesta, así como al pago de treinta mil soles por concepto de reparación civil; y, por mayoría, absolvió a los encausados José Luis Aguirre Pastor, Jesús Cristhian Adrianzen Torres (coautores), Miguel Ángel Díaz Saavedra, Anali Yalut Portilla Garrido, Manuel Fernando Mendizabal Pablich y Erick del Castillo Inuma de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso agravado en agravio del Estado.

2. En atención a los correspondientes recursos de apelación interpuestos por el Fiscal Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y la defensa del encausado Aguirre Pastor, se tiene: **A.** El Fiscal Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios en su recurso de fojas seiscientos sesenta y uno, de seis de enero de dos mil diecisiete, requirió, primero, se revoque la sentencia absolutoria y se proceda a imponer la pena solicitada; y, luego, en la audiencia de apelación de fojas setecientos treinta y tres, de nueve de noviembre de dos mil diecisiete, se anule la sentencia de primera instancia y se realice nuevo juicio oral. **B.** La defensa del encausado Aguirre Pastor en su recurso de fojas seiscientos sesenta y ocho, de tres de enero de dos mil diecisiete, instó la absolución de los cargos bajo el argumento de que los artículos 7 y 41.1, literal c), de la Ley 28441, solo rigen para el ámbito administrativo, no para el penal.

3. Culminado el trámite impugnativo de la Alzada, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Madre de Dios emitió la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y uno, de veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete. Bajo la premisa de que no es posible variar en la audiencia de apelación la pretensión del impugnante, declaró inadmisibles el recurso de apelación formulado por la Fiscalía contra la sentencia de primera instancia en la parte que absolvió a José Luis Aguirre Pastor, Jesús Cristhian Adrianzen Torres y Miguel Ángel Díaz Saavedra, Anali Yalut Portilla Garrido, Manuel Fernando Mendizabal Pablich y Erick del Castillo Inuma de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de peculado agravado en agravio del Estado. Y, de otro lado, sobre el fondo del asunto, respecto del delito de malversación atribuido al encausado Aguirre Pastor, estimó que la sentencia apelada precisó la contravención



legal, específicamente del artículo 41, literal c), de la Ley N° 28441 y el artículo 7 de la misma norma, confirmó en todos sus extremos la referida sentencia en cuanto condenó al encausado Aguirre Pastor como autor del delito de malversación.

4. Contra esta última sentencia de vista el señor Fiscal Adjunto Superior y la defensa del encausado Aguirre Pastor promovieron recurso de casación.

TERCERO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso de casación de fojas setecientos sesenta y dos, de seis de diciembre de dos mil diecisiete, invocó como motivo de casación: violación de doctrina jurisprudencial (artículo 429, inciso 5, del Código Procesal Penal).

Argumentó que no se siguió lo estipulado en la sentencia casatoria número 194-2014/Ancash, respecto de la condena del absuelto; que la Sala Superior cuestionó que inicialmente se requiera la revocatoria de la sentencia absolutoria y, luego, que en la audiencia de apelación se solicite la anulación de la absolución y un nuevo juicio oral; que, por ello, debe anularse la sentencia de vista y, en consecuencia, disponer se realice nuevo juicio oral.

CUARTO. Que el encausado Aguirre Pastor en su recurso formalizado de fojas setecientos cincuenta y siete, de cinco de diciembre de dos mil diecisiete, citó como causal de casación la de infracción de precepto material (artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal), en función a dos disposiciones de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. Apuntó que estos preceptos: artículos 7.1 y 41, numeral 1, literal c), de la Ley 28411, solo rigen en el ámbito administrativo, pero no en el penal, de suerte que, en base a tales disposiciones, se le condenó indebidamente.

QUINTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas cincuenta y uno –del cuadernillo formado en esta instancia–, de veintidós de junio de dos mil dieciocho, es materia de dilucidación en sede casacional:

- A. Las causales de infracción de precepto material y de apartamiento de doctrina jurisprudencial: artículo 429, numerales 3 y 5, del Código Procesal Penal.
- B. El examen casacional está circunscripto a dilucidar los cuestionamientos referidos a: 1. Si la jurisprudencia invocada por el Tribunal Superior sobre la condena del absuelto puede servir como impedimento para que el Fiscal Superior pueda adaptar el *petitum* del recurso, de uno revocatorio a otro nulificadorio, en tanto no importa variación de la *causa petendi* ni de los argumentos justificativos. 2. Si las dos disposiciones de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto: artículos 7.1 y 41, numeral 1, literal c), de la Ley



RECURSO CASACIÓN N.º 503-2018/MADRE DE DIOS

número 28411, solo rigen en el ámbito administrativo —no en el ámbito penal—, y si las mismas pueden usarse para dictar una sentencia condenatoria.

SEXTO. Que instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior —sin la presentación de alegatos ampliatorios por parte de la defensa del imputado recurrente—, se expidió el decreto de fojas setenta y uno, de diez de diciembre de dos mil dieciocho, que señaló fecha para la audiencia de casación el día diecisiete de enero último.

SÉPTIMO. Que, según el acta adjunta, la audiencia de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Chinchay Castillo, quien el día anterior presentó su escrito de alegatos, y la abogada del recurrente, señora doctora Jessica Choque Vela. Concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada, tras el preceptivo debate, la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ 1. DEL RECURSO DEL MINISTERIO PÚBLICO

PRIMERO. Que el Tribunal Superior, conclusa la fase de examen de la concesión del recurso de apelación por el Juzgado Penal y, tras la audiencia de apelación, en la sentencia de vista estimó que el recurso de apelación de la Fiscalía no podía ser admitido porque en dicha audiencia el Ministerio Público varió la pretensión impugnativa —de revocatoria a anulatoria—.

SEGUNDO. Que, en primer lugar, es verdad que la pretensión impugnativa hecha valer por escrito no puede variarse cualitativamente en sede oral. El impugnante solo puede desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta y ratificarse —parcial o totalmente, sin atentar su esencia— en los motivos de la apelación, como reza el apartado 2 del artículo 424 del Código Procesal Penal.

En segundo lugar, en el presente caso, el problema singular deriva del entendimiento de una anterior línea jurisprudencial que, contra lo estipulado por el artículo 425, numeral 3, literal b), del Código Procesal Penal, consideró que el Tribunal de Apelación no podía condenar al



absuelto, por lo que, si la sentencia absolutoria de primera instancia era infundada, solo cabía anularla para la realización de un nuevo juicio oral (efecto jurídico que, en todo caso, era el previsto en el Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta, artículo 301, pero no en el Código Procesal Penal). Esto sucedió en el presente caso: el Fiscal Superior, bajo ese entendimiento, modificó el *petitum*: de revocatorio a anulatorio.

En tercer lugar, la posición de este Supremo Colegiado sobre este punto ya ha sido establecida en la sentencia casatoria 1379-2017/Nacional, de veintiocho de agosto de dos mil dieciocho, en cuya virtud, bajo determinados presupuestos y límites, es enteramente factible condenar en segunda instancia al absuelto en primera instancia. La doctrina jurisprudencial ha variado.

En cuarto lugar, es cierto que la pretensión impugnativa está formada por la causa de pedir y la petición; la primera es el motivo impugnativo y la segunda se refiere al concreto pronunciamiento judicial que se pide. En el presente caso no se alteró la causa de pedir, sino que se adaptó la petición a la línea jurisprudencial suprema en ese momento dominante.

En quinto lugar, como quiera que el cuestionamiento al fallo de primera instancia siempre se mantuvo firme y ni siquiera se alteró los argumentos impugnativos –que sostenían la *causa petendi*–, entonces, el fallo de vista que debía dictarse en ningún momento podría dejar de atender a la causa de pedir. El cambio del *petitum* debe entenderse, entonces, como un error que, por lo expuesto, no puede generar la desestimación liminar del recurso, pues ello atentaría contra el principio transversal de proporcionalidad y la garantía de tutela jurisdiccional, en su ámbito de interpretación de las normas impugnativas, desde una perspectiva *pro actione* y favorable a la efectividad del recurso.

TERCERO. Que, en tal virtud, debe estimarse el recurso acusatorio, tanto más si ya se dejó sentado, atento a la Ejecutoria Suprema antes citada, que es posible una petición revocatoria frente a una sentencia absolutoria.

§ 2. DEL RECURSO DEL ENCAUSADO AGUIRRE PASTOR

CUARTO. Que está probado –dato del que se parte en esta sede casacional– que se transfirieron fondos correspondientes a fondos de inversión a gastos corrientes [párrafo veintiséis de la sentencia de vista]. También se resalta en la examinada sentencia de vista que “...quedó acreditado el pleno conocimiento del procesado [Aguirre Pastor, Presidente del Gobierno Regional de Madre de Dios] de dichos actos –elemento subjetivo del



dolo— que aparece de manera especial en los delitos producidos por funcionarios públicos por su deber de garantes en la corrección administración públicas” [párrafo veintiocho].

QUINTO. Que la Ley número 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, de ocho de diciembre de dos mil cuatro, autoriza, en lo pertinente, al Gobernador Regional delegar sus funciones en materia presupuestal cuando lo establezca expresamente la Ley General y las Leyes de Presupuesto del Sector Público, pero el artículo 7 precisa que “El Titular es responsable solidario con el delegado”; es decir, de lo que haga este último en materia presupuestal.

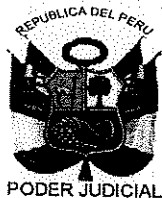
Y, respecto de las limitaciones a las modificaciones presupuestarias en el Nivel Funcional Programático, el artículo 41.1, literal c), de la mencionada Ley General, estipula que: “No se podrán autorizar habilitaciones para gastos corrientes con cargo a anulaciones presupuestarias, vinculadas a gastos de inversión”.

La ilegalidad, pues, de estas transferencias —que alcanzó a un total de dos millones ochenta mil doscientos veintiocho soles— es manifiesta.

SEXTO. Que la ilicitud de las transferencias cuestionadas expresa, como es patente, una aplicación definitiva diferente de los caudales públicos institucionales (dinero) apartándolos de su destino legal; y, como se les desvió de programas específicos de desarrollo para gastos corrientes, es de considerar que se afectó el servicio público de origen. El delito de malversación se cometió en desmedro del Gobierno Regional de Madre de Dios.

SÉPTIMO. Que es verdad que el encausado recurrente Aguirre Pastor emitió la Resolución Ejecutiva 011-2011-GOREMAD/PR, de diez de enero de dos mil once, por la que delegó funciones en materia presupuestal del Gobierno Regional de Madre de Dios al Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial del Gobierno Regional de Madre de Dios, acusado Jorge Eduardo Meléndez Ibérico, el mismo que mediante acto administrativo específico cambió de aplicación las partidas en cuestión.

Es cierto, asimismo, que la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto no exime de responsabilidad —en el marco del Derecho Presupuestario— a la autoridad delegante. Pero, como mantiene su deber de garante institucional respecto del manejo presupuestario, no le es ajeno lo que la autoridad delegada puede realizar —no puede desentenderse de lo que haga—. El conocimiento pues se le atribuye —él debía saber lo que sucedía con un tema tan delicado como el manejo presupuestal e interrumpir un



suceso riesgoso para el patrimonio institucional, por lo que no cabe alegar desconocimiento ni implícitamente sostener que estaba al margen de toda función de vigilancia o supervisión –.

El delito de malversación es uno de infracción de deber –situaciones de responsabilidad por competencias–. En este caso lo relevante es el deber institucional que ha de cumplir el imputado recurrente como Gobernador Regional –la fuente del deber es la propia ley de la materia–. Si es delegante debe delegar bien, supervisar razonablemente a su delegado (Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial) y, en su caso, corregirle o incluso sustituirle si ello es necesario para la observancia de la función de seguridad encomendada. Como se trata del manejo presupuestal de la institución mayor es el riesgo que debe controlar y más difícil su control, entonces, es más intensa sus tareas de supervisión.

Siendo así, no se interpretó erróneamente el tipo penal y la invocación de las normas presupuestales fue pertinente para fundar la ilicitud de las transferencias y el deber de garantía del imputado a tono con lo expuesto en los dos párrafos precedentes.

El recurso defensivo debe desestimarse y así se declara.

OCTAVO. Que como el imputado promovió sin éxito el recurso de casación debe pagar las costas del mismo, conforme a lo dispuesto por el artículo 504, apartado 2), del Código Procesal Penal. También es de aplicación el artículo 505, apartado 1), del citado Código.

DECISIÓN

Por estos motivos: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE MADRE DE DIOS contra la sentencia de vista de fojas setecientos cuarenta y uno, de veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete, en cuanto declaró inadmisibile el recurso de apelación formulado por la Fiscalía contra la sentencia de primera instancia de fojas seiscientos once, de veintinueve de diciembre de dos mil dieciséis, en la parte que absolvió a José Luis Aguirre Pastor, Jesús Cristhian Adrianzén Torres y Miguel Ángel Díaz Saavedra, Analí Yalut Portilla Garrido, Manuel Fernando Mendizabal Pablich y Erick del Castillo Inuma de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado agravado en agravio del Estado. En consecuencia, **CASARON** este extremo de la sentencia de vista; y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: **ORDENARON** que otro Colegiado Superior, atendiendo a los fundamentos jurídicos precedentes, expida nueva resolución de vista con arreglo a Derecho. **II.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de



RECURSO CASACIÓN N.º 503-2018/MADRE DE DIOS

casación promovido por el encausado JOSÉ LUIS AGUIRRE PASTOR contra la referida sentencia de vista que confirmando la aludida sentencia de primera instancia lo condenó como autor del delito de malversación en agravio del Gobierno Regional de Madre de Dios a tres años de pena privativa de libertad efectivo e inhabilitación por tres años, así como al pago de treinta mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene. Por tanto, **NO CASARON** dicho punto de la sentencia de vista. **III. CONDENARON** al encausado recurrente a José Luis Aguirre Pastor al pago de las costas del presente recurso de casación. **IV. DISPUSIERON** se remitan los actuados al órgano de apelación para que proceda con forme a Ley y se publique la presente sentencia casatoria en la Página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

CSM/amon

06 FEB. 2019

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. FLORA TREVEJOS MRSAGEL
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

Valoración de pruebas en segunda instancia, vulneración al plazo razonable y la condena del absuelto.

1. La valoración en segunda instancia permite el control de zonas abiertas.
2. La discrepancia valorativa conllevó tres absoluciones y nulidades, lo que incide en el plazo razonable.
3. El *Ad quem* concluyó en la materialidad fáctica y la responsabilidad de los procesados, pero se abstuvo de condenarlos, pese a su legalidad.
4. Debe celebrarse un nuevo juicio oral de apelación que cumpla con los requisitos de valoración en dicha instancia para emitir una sentencia definitiva.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, diecinueve de marzo de dos mil diecinueve

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado **Elidio Espinoza Quispe** (concedido vía queja de derecho) contra la sentencia de vista del veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, que declaró nula la sentencia de primera instancia del veinte de octubre de dos mil dieciséis, que absolvió a Espinoza Quispe y otros del delito contra la libertad-secuestro agravado en concurso real con el delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio calificado, en perjuicio de Víctor Alexander Enríquez Lozano, Carlos Iván Mariños Ávila, Ronald Javier Reyes Saavedra y Carlos Iván Esquivel Mendoza; y ordenó un nuevo juicio oral. Intervino como ponente el señor juez supremo Príncipe Trujillo.

CONSIDERANDO

§ I. Antecedentes

Primero. Mediante sentencia del veintisiete de septiembre de dos mil once (foja 75), se absolvió a los imputados de los delitos juzgados. Sin embargo,

dicha resolución fue materia de impugnación, por lo que la Sala Superior emitió la sentencia de vista del veinte de abril de dos mil doce (foja 207), que declaró nula la impugnada y ordenó un nuevo juicio oral.

Segundo. Luego de celebrado el segundo juicio oral, el juzgado penal emitió la sentencia del veintitrés de julio de dos mil trece (foja 306), con la que absolvió nuevamente a los acusados, y esta decisión fue recurrida una vez más, lo cual conllevó la emisión de la sentencia de vista del veintitrés de enero de dos mil catorce (foja 451), que, del mismo modo que su predecesora, declaró nula la recurrida y ordenó un nuevo juicio oral.

Tercero. Así, luego del tercer juicio oral dispuesto, el juzgado penal emitió la sentencia del veinte de octubre de dos mil dieciséis (foja 1239), que igualmente se decantó por la absolución de los procesados. Esta decisión fue apelada y motivó la expedición de la sentencia de vista que fue recurrida mediante la casación materia de autos.

§ II. Motivos de la concesión

Cuarto. Conforme a la queja de derecho del quince de diciembre de dos mil diecisiete (foja 1504) y la ejecutoria suprema de calificación de la presente casación del tres de agosto de dos mil dieciocho (foja 103 del cuaderno forma en esta Instancia Suprema), se precisó que:

Lo relevante, en el presente caso, es la relación existente entre la anulación de las sentencias de primera instancia en tres ocasiones sucesivas y las razones para hacerlo, desde la ponderación que merece el plazo razonable, como elemento que integra la garantía del debido proceso, y el principio de inmediación, en su correspondencia con la formación de la prueba y su valoración en segunda instancia. El interés casacional se expresa en las numerosas anulaciones y el tiempo

procesal que ello importó, pero en su relación, como marco de relevancia, con las exigencias de la justicia material, y el exacto poder o potestad revisora del Tribunal de Apelación para examinar la sentencia de primera instancia. Se da, pues, un motivo, desde el *ius constituionis*, de especial y trascendente relevancia que autoriza el conocimiento del caso por el Tribunal Supremo. Por ende, discrecionalmente, desde la causal casacional del artículo 429, numeral 1, del Código Procesal Penal (debido proceso), dada su amplitud y flexibilidad de análisis, se analizará el tema casacional en conflicto.

De este modo, corresponde realizar el análisis del caso según lo habilitado por el auto de calificación antes referido.

§ III. Hechos imputados

Quinto. Según la acusación fiscal, se tiene que:

- 5.1.** El veintisiete de octubre de dos mil siete se habría realizado un megaoperativo a cargo de la Tercera Unidad de la Diterpol La Libertad, cuya ejecución se efectuó en una distribución entre cuatro sectores: norte, sur, centro y este.
- 5.2.** La zona este, que comprendía las comisarías de Florencia de Mora, Alto Trujillo, Nicolás Alcázar, Sánchez Carrión y Radio Patrulla Este, estaba al mando del comandante Elidio Espinoza Quispe y el resto de los procesados.
- 5.3.** Al hallarse en su recorrido por la avenida Sánchez Carrión, a la altura de la cuadra dieciocho hacia la diecisiete, ingresaron al taller de zapatería ubicado en la esquina de la referida avenida con Ascencio Vergara, de donde sustrajeron una motocicleta de propiedad de Nelson Meza Mendoza y, al proseguir su operativo, intervinieron a Carlos Iván Mariños Ávila, quien se encontraba a bordo de una motocicleta, (lo subieron a uno de los patrulleros de la policía).
- 5.4.** Posteriormente, los procesados se dirigieron al predio signado con el número 1799 de la avenida Sánchez Carrión, donde detuvieron a Carlos Iván Esquivel Mendoza, para lo cual treparon al techo de su domicilio para reducirlo con violencia y subirlo a un patrullero.
- 5.5.** Luego de ello, los acusados se dirigieron hasta la cuadra uno del pasaje San Luis, donde sacaron de su domicilio a Víctor Alexander Enríquez Lozano, a quien de igual forma detuvieron e ingresaron a un patrullero. Adicionalmente, extrajeron una motocicleta del hermano del intervenido.

- 5.6. Por último, fueron a la avenida Ascencio Vergara, donde intervinieron a Ronald Javier Reyes Saavedra.
- 5.7. Tras las intervenciones antes indicadas, los acusados condujeron a los detenidos agraviados hasta un lugar descampado, en donde les dispararon con la intención de terminar con sus vidas, luego de lo cual los llevaron al Hospital Belén, al que llegaron ya cadáveres, excepto Mariños Ávila, quien ingresó en estado de coma y falleció al poco tiempo.

§ IV. Análisis del caso

Sexto. Si bien el numeral 2 del artículo 425 del Código Procesal Penal señala que “la Sala Penal Superior sólo 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”, también es verdad que, conforme a la Casación número 5-2007/Huaura, del once de octubre de dos mil siete, se señaló en su fundamento jurídico séptimo que:

Es exacto que con arreglo a los principio de inmediación y de oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos –las denominadas “zonas opacas”– los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados.

Empero, existen “zonas abiertas”, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados a través de las reglas de

la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconvencible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que lo menciona el fallo–; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia [...].

Séptimo. Dicha posición fue ratificada (y vuelta doctrina jurisprudencial) en la Casación número 385-2003/San Martín, que añadió en sus fundamentos jurídicos 5.16. y 5.17. lo siguiente:

En ese sentido, existe una limitación impuesta al Ad quem, descrita en el artículo cuatrocientos veinticinco, apartado dos, del Código Procesal Penal, a fin de no infringir el principio de inmediación; esto es, 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. Dicho aquello, si bien corresponde al Juez de primera instancia valorar la prueba personal, empero el Ad quem está posibilitado a controlar, a través del recurso de apelación, si dicha valoración infringe las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

En esa línea, que el Juzgador de primera instancia cometa un error al valorar la prueba es algo sustancialmente contrario a que efectúe una nueva valoración probatoria partiendo de cero, que es lo propio de un sistema de apelación limitado; es decir, es distinto controlar la valoración probatoria del A quo en contraste a que el Ad quem realice una revaloración de la prueba valorada por aquel, siendo que la primera está permitida, mientras que la segunda está proscrita.

En mérito de ello, se concluye que esta Corte Suprema ya estableció los parámetros sobre los cuales puede realizarse una valoración de prueba en segunda instancia.

Octavo. Para el caso de autos existe una discrepancia sobre la valoración de pruebas efectuada por el juzgado de primera instancia y su apreciación por el de segunda. En tal sentido, vía apelación, la Sala Superior cuestionó el análisis efectuado por el juzgado respecto a lo declarado por los testigos de cargo, que acreditaría la tesis de imputación, pues el *A quo* consideró que no poseía suficiencia probatoria; mientras que el *Ad quem* indicó que la apreciación del *A quo* fue equivocada por centrarse en aspectos o cuestiones no trascendentales.

Noveno. De este modo, conforme a los hechos imputados en la acusación y señalados precedentemente, se tiene lo siguiente:

9.1. Respecto a la incautación de la motocicleta de placa MGR-12778

- a. El *A quo* señaló que la declaración de la testigo Nora Judith Meza Mendoza no es lógica para demostrar la sustracción de dicho bien por parte de los miembros de la policía, pues no resulta verosímil que, ante el ingreso de un gran contingente de policías, con rotura de ventanas y puertas (y bulla), no se hubiera despertado sino hasta que fuera movida (como lo indicó) por uno de los policías, y después de ocurrida la sustracción. Además, aunque señaló que denunció dicha sustracción, no probó tal denuncia con algún documento (pese a que indicó haberlo hecho ante la Fiscalía).
- b. El *Ad quem* consideró que no se tomaron en cuenta las reglas de la sana crítica, pues debió atenderse al temor que esta testigo pudo percibir ante el operativo y ello pudo incidir en su percepción, más aún si inicialmente mantuvo reservada su identidad y porque señaló que su televisor estuvo encendido con el volumen alto (lo que justificaría que no se hubiera dado cuenta del ingreso de los policías); además, porque existen inconsistencias en la supuesta acta de incautación de la referida motocicleta.

9.2. Respecto a la intervención de Carlos Iván Mariños Ávila

- a. El *A quo* restó valor a la declaración de la testigo Marlene Ávila Rodríguez por considerar que no es lógico que el agraviado hubiera salido a cerrar su

taller si es que en dicho lugar existía un guardián (que además era su familiar). Esta versión, además, se contradice con la versión de Kelly Ruiz Valderrama y Miguel Ángel Olaya Trinidad respecto al momento de la intervención, enfrentamiento y lesiones causadas al cuerpo de la víctima.

- b. El *Ad quem* refirió que el dato de las horas puede ser relativo de acuerdo con la memoria o acuciosidad del testigo, y el análisis más bien debió centrarse en la información relevante y no en datos periféricos que pueden ser percibidos de manera distinta de un testigo a otro, más aún en casos de apremio y temor, y dado el transcurso del presente caso (diez años desde los hechos).

9.3. Sobre la intervención de Carlos Iván Esquivel Mendoza

- a. El *A quo* contrapuso las contradicciones entre las declaraciones testimoniales de Alina Esquivel Mendoza (hermana del agraviado) con lo manifestado por los hijos menores de esta (respecto a los maltratos y golpes que se le habrían causado) y los testigos con código de reserva 14, 42 y 43, que se contraponen entre sí sobre la forma de traslado del agraviado hacia el patrullero (resistencia del arresto, movilización desde el techo y el resguardo policial); además, el testigo número 14 adicionó que durante la intervención vio que en el patrullero se encontraban dos detenidos más, lo que resulta imposible si se toma en cuenta que, según la imputación fiscal, este era recién el segundo detenido.
- b. El *Ad quem* señaló que el juzgado no evaluó minuciosamente los testimonios conforme al Acuerdo Plenario número 2-2005, pues son lógicos y consistentes, y más bien el juzgador se detuvo en cuestiones periféricas y subjetivas que encuentran explicación en la percepción de los hechos en cada persona de forma distinta, cuando lo relevante es que todos los testigos concuerdan en que el agraviado fue sacado por personal policial de su vivienda. Se brindó relevancia a datos externos que son matices propios de las declaraciones testimoniales y el paso del tiempo.

9.4. Intervención de Víctor Alexander Enríquez Lozano

- a. El *A quo* indicó que existían inconsistencia en las declaraciones de Karla Johana Torres Baltodano, Martha María Enríquez Lozano, Juan Carlos Enríquez Lozano, María Julia Gómez Sandoval y el testigo con código de reserva 22 principalmente porque Torres Baltodano y Enríquez Lozano indicaron que la intervención de este agraviado se produjo alrededor de

las 20:30 horas y pudieron observar que ya había más de un detenido (la primera dijo tres y la segunda dos); lo cual es inconsistente con las demás declaraciones de autos, que señalan que a esa hora aproximada recién se encontraban incautando la primera motocicleta y sin ningún detenido.

- b.** El *Ad quem* indicó, igualmente, que en los demás casos precedentes el juzgado de primera instancia se centró en la evaluación de detalles de menor importancia que se desprenden del relato de los testigos, como la diferencia de horas, las características del vehículo policial y la inconsistencia con relación al orden de la secuencia de los hechos. Además, el hecho de que muchos de los testigos sean familiares o vecinos no invalida automáticamente su valor probatorio, pues todos coinciden en que el agraviado fue sacado ilegalmente de su casa y conducido a un patrullero. Además, el que estos testigos admitieran que el agraviado y los demás detenidos se dedicaban a cometer delitos no lleva automáticamente a presumir que ello corrobora la tesis defensiva del abatimiento por enfrentamiento.

9.5. Intervención de Ronald Javier Reyes Saavedra

- a.** El *A quo* descartó las declaraciones de Martha María Enríquez Lozano y Lidia René Baltodano Prado, pues la primera de ellas, al igual que en el caso de Víctor Alexander Enríquez Lozano, incurrió en graves inconsistencias de orden respecto a la secuencia de los hechos y la detención de este agraviado.
- b.** El *Ad quem* refirió que la variación de las aprehensiones no descalifica automáticamente el testimonio de una persona, pues, como se señaló, esta declaración sirvió para probar la intervención de Enríquez Lozano, por lo que también debe servir para probar la de Reyes Saavedra.

- 9.6.** Aunque no es materia de cuestionamiento del recurrente en su recurso de casación, debe señalarse que el *Ad quem* también cuestionó las conclusiones a partir de la valoración de indicios obtenidos sobre la base de pruebas científicas, como los certificados médicos legales y las pericias de necropsia, balística forense, antropología forense, toxicología, entre otras, lo que para la apreciación de la Sala Superior determina que la actuación de los acusados no se produjo en un contexto de enfrentamiento, sino de reducción y acribillamiento contra los agraviados (por el tipo de calibre de balas

encontrados en el piso y los cadáveres, los orificios por balas y el análisis de la trayectoria y proximidad de disparo –corto alcance y de atrás hacia adelante–).

Décimo. Ahora bien, este Colegiado Supremo puede observar sin lugar a dudas que la fundamental discrepancia de los órganos de instancia respecto a las pruebas generales señaladas precedentemente se da sobre la base de cómo fueron apreciadas al interior del razonamiento de los juzgadores respecto a lo que pretenden probar.

Por un lado, el juzgado colegiado de primera instancia desestimó las pruebas testimoniales de cargo, ya sea porque estas no les resultaron coherentes o lógicas respecto al modo de intervención de los acusados, sobre detalles de hora y apreciaciones de las circunstancias de las intervenciones a los acusados y también respecto a la credibilidad de los testigos por ser familiares o allegados a los agraviados.

Por otro lado, de forma unánime, la Sala Superior coincidió en señalar en cada caso que tales apreciaciones son subjetivas, accesorias y no se guían por las reglas de la experiencia, pues se debió valorar el fondo de lo que estas acreditaban en su conjunto sin analizar aspectos periféricos, como lo hizo el órgano de primera instancia.

Undécimo. De este modo, y pretendiendo contrastar el análisis de los órganos de instancia con los supuestos de valoración en apelación sobre las *zonas abiertas*, se debe recordar que ello se encuentra relacionado a la estructura racional del propio contenido de la prueba (ajeno, en sí mismo, a la percepción sensorial, que se puede fiscalizar a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos). Para el caso de autos se tiene que el quiebre de este razonamiento se da en atención a que para la Sala Superior las pruebas fueron apreciadas con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto,

dado que existen circunstancias especiales que también debieron tomarse en cuenta en su apreciación y que escaparon de la inmediación de los jueces de primera instancia.

Duodécimo. Sin embargo, la situación presentada en el caso de autos no resultaría de mayor relevancia si no fuera por las siguientes connotaciones:

- 12.1.** No resulta claro cómo la Sala Superior pudo cuestionar la apreciación sobre una prueba personal sin que la hubiera percibido por inmediación (pues no se actuó prueba nueva en segunda instancia).
- 12.2.** La Sala Superior no solo contrapuso su razonamiento al del juzgado de primera instancia de forma general y casi siempre en atención a “las reglas de la lógica y la experiencia”, sino que adicionalmente y en cada caso concluyó en que dichas pruebas sí acreditan la teoría del caso fiscal, así como la responsabilidad de los imputados. Es decir, no solo retó la apreciación del juzgado, sino que sobrepuso la suya para otorgar un nuevo sentido valorativo de las pruebas.
- 12.3.** Esta misma situación de apreciación de las pruebas resulta ser un patrón o tendencia para el caso de autos por tratarse de la tercera ocasión en que la Sala Superior discrepa con la absolución de los juzgados de primera instancia que decidieron absolver a los procesados, lo que desde la fecha de los hechos –veintisiete de octubre de dos mil siete– se habría extendido hasta once años, cuatro meses y veintidós días, dilatando así los tiempos legales señalados en la normatividad.

Decimotercero. Es precisamente este último aspecto –el tiempo que demandó la realización de los sucesivos juicios orales, absoluciones y nulidades– el que

nos permite afirmar la incidencia en la vulneración a un plazo razonable, pues no cabe duda de que la prolongación sin una resolución firme para el caso de autos obedeció exclusivamente a las discrepancias de apreciación sobre la prueba entre los órganos de justicia, lo que nos hace cuestionar (a fin de dar cabal cumplimiento a los numerales del artículo 139 de la Constitución Política del Perú) si debe existir algún límite a dicho paradigma, pues de lo contrario se permitirían tantas absoluciones y nulidades como lo permita la extensión de la vigencia de la acción penal, lo cual no es adecuado en el marco del debido proceso.

Decimocuarto. Al respecto, según la sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el Expediente número 00295-2012-PHC/TC, del catorce de mayo de dos mil quince, se señaló en su fundamento jurídico cuarto que:

Para determinar si, en cada caso concreto, se ha producido o no la violación del derecho al plazo razonable del proceso o a ser juzgado dentro de un plazo razonable, este Tribunal, siguiendo la jurisprudencia establecida básicamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha precisado que se deben evaluar los siguientes criterios: i) la complejidad del asunto [...], ii) la actividad o conducta procesal del interesado [...], iii) la conducta de las autoridades judiciales [...]. Estos criterios permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido o no, y han de ser analizadas caso por caso; es decir, según las circunstancias de cada caso concreto.

Sobre este punto, y como se señaló previamente, respecto a la prolongación de la resolución de la presente causa, aunque debe entenderse como una de naturaleza compleja (por la cantidad de procesados, agraviados y pruebas a analizar), se constata su extensión más allá de lo razonable por estricta discrepancia en la valoración de pruebas, lo que definitivamente es ajeno a cualquier conducta de los procesados.

Decimoquinto. Ahora bien, establecida la vulneración al plazo razonable se debe determinar qué tipo de consecuencias acarrea para la resolución del caso. Para ello se tiene que los considerandos jurídicos ocho y nueve de la sentencia constitucional antes citada señalan lo siguiente:

Por otro lado, en relación a las consecuencias jurídicas que se generan cuando se constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, inicialmente el Tribunal señaló que ello conlleva a la exclusión del imputado del proceso penal [...]. Posteriormente, advirtió que el órgano jurisdiccional debía emitir y notificar, en el plazo máximo de 60 días naturales, la sentencia que defina la situación jurídica, bajo apercibimiento de darse por sobreseído el proceso penal, no pudiendo ser nuevamente investigado ni procesado por los mismos hechos, por cuanto ello conllevaría la vulneración del principio ne bis in ídem [...].

Al respecto, este Tribunal Constitucional considera pertinente definir la línea jurisdiccional fijada, y, por tanto, precisar que la eventual constatación por parte de la judicatura constitucional de la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable no puede ni debe significar el archivo definitivo o la conclusión del proceso judicial de que se trate [...], sino que, bien entendidas las cosas, lo que corresponde es la reparación in natura por parte de los órganos jurisdiccionales, la misma que consiste en emitir el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto en el plazo más breve posible.

De este modo, debe descartarse cualquier pretensión relacionada a cortar la secuela procesal actual para apartar a los procesados del caso de autos. Aunque también debe establecerse un camino limitado de actuación para que, al momento de remitir los actuados para su pronunciamiento definitivo (como lo señala la sentencia constitucional), se pueda limitar a la facultad de revisión en apelación para que no se prolongue nuevamente como en este caso.

Decimosexto. Un límite adecuado consiste en la posibilidad de la condena del absuelto regulada según el literal b del numeral 3 del artículo 425 del Código Procesal Penal, que señala: “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”.

Decimoséptimo. No obstante, la Sala Superior refirió en su sentencia de vista (fundamentos jurídicos 78 a 85) que considera “lamentable que este caso se haya dilatado innecesariamente sin que se haya podido resolver en definitiva el conflicto” y, aunque el juzgado de primera instancia absolvió por duda razonable, el *Ad quem* discrepó “de dicho razonamiento por considerar que existen pruebas suficientes que debidamente valoradas con arreglo a lo dispuesto en la norma procesal penal, la dogmática jurídica, la jurisprudencia plasmada en los Acuerdos Plenarios y Casaciones, permite determinar que en este caso se ha acreditado no sólo la materialidad del delito sino la responsabilidad penal de los procesados”.

Sin embargo, precisó que no podrá condenar a los absueltos porque se vulneraría el derecho al recurso del condenado (ya que la casación no es propiamente un recurso de impugnación valorativa de hechos y pruebas, sino de derecho) y, por ello, se decantó (en aplicación del control difuso de convencionalidad) nuevamente por la nulidad de la recurrida, lo que generaría un cuarto juicio oral.

Decimooctavo. Esta situación resulta preocupante, pues –como se señaló– la Sala de Apelaciones cuestionó la apreciación sobre prueba que fue sometida al principio de inmediación en primer instancia (sin actuarse prueba en segunda instancia que la contradiga) al no compartir el razonamiento del *A quo*, dado que el suyo prima por sobre las reglas de la experiencia y la lógica al de primera instancia; y concluyó de forma indefectible y sin lugar a dudas en la materialidad de los

hechos y la responsabilidad de los acusados, aunque sin poder condenar a los absueltos, lo que permite observar lo siguiente:

- 18.1.** Al determinar sin lugar a dudas la materialidad de los hechos y la responsabilidad penal de los procesados (aunque sin realizar un análisis individual de su imputación necesaria, sino de forma colectiva), prácticamente estaría ordenando al nuevo juzgado de primera instancia que emita una sentencia condenatoria sin apreciar los hechos y pruebas con independencia y objetividad.
- 18.2.** Y, en caso de que el nuevo Colegiado de primera instancia arribara a la misma conclusión absolutoria que sus tres predecesoras, se correría el riesgo de que la Sala de Apelaciones nuevamente disponga su nulidad, generando así un ciclo de discrepancias ilimitadas, sin solucionar el caso de autos y prolongando indebidamente la presente causa.

Decimonoveno. Al respecto se tiene que, conforme al fundamento jurídico cuarto de la Casación número 1379-2017/Nacional, del veintiocho de agosto de dos mil dieciocho (sobre la condena del absuelto):

La legitimidad de esta posibilidad está en función, desde luego, a las notas características del recurso de apelación, a su estructura, dimensión y particularidades nacionales, así como a las situaciones procesales concretas que se presenten en la causa. Tal posibilidad, como es obvio, es aceptada en el derecho comparado, incluso en el Derecho Internacional –véase, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo ochenta y tres, numeral 2–.

Cabe enfatizar, más allá de que una sentencia de casación señaló la inviabilidad de condenar al absuelto, que finalmente la Sala Constitucional y Social de esta Corte Suprema –órgano jurisdiccional competente funcionalmente cuando se trata de consultas en materia de inaplicación de normas con rango de ley (artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por tribunales inferiores, en su sentencia del

veintidós de octubre de dos mil quince, afirmó la constitucionalidad de esta opción y, por consiguiente, desaprobó una consulta en sentido contrario elevada por la Corte Superior de Justicia de Junín (Consulta número 15852-2014/Junín).

Asimismo, precisó las características a tomar en cuenta en el caso de que los Tribunales de alzada consideren pertinente emitir una condena contra un procesado absuelto en primera instancia:

Que, cuando se cuestiona el juicio de hecho [...] las exigencias del debido proceso –de equidad del procedimiento penal, en tanto que los principio de inmediación, publicidad y contradicción son garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos–, requiere, fundamentalmente, que el imputado que sostiene su inocencia tenga la posibilidad de explicar en defensa de su causa y de ser examinado directa y personalmente por el Tribunal de Apelación en una audiencia pública –con presencia de los demás interesados o partes adversas–, incluso de los testigos cuyo testimonio sirve de sustento al juicio de hecho, pues en todo momento se ha de respetar la posibilidad de contradicción. Es de tener presente que para cumplir esta exigencia el Código Procesal Penal impone la presencia del imputado en la audiencia de apelación y, además, con fines de inmediación, autoriza la citación de testigos (artículos 422, numeral 5, del Código Procesal Penal). No es suficiente, a estos efectos, la grabación del juicio de primera instancia [...].

Vigésimo. Por ello, y como corolario de todos los temas abordados hasta aquí, se puede concluir que la valoración en segunda instancia puede llevarse a cabo sobre prueba apreciada con inmediación en primera instancia sin necesidad de valorar nuevas pruebas en apelación, siempre que versen sobre las zonas abiertas cuando estas hayan sido apreciadas con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto. Sin embargo, en el caso de autos, se evidencia que la discusión entre los órganos de instancia se centró en el razonamiento

sobre la apreciación de la prueba referida a aspectos subjetivos que no son compartidos entre ambas instancias, lo que ha llevado a tres sentencias absolutorias de primera instancia con sus subsecuentes nulidades por las Salas de Apelación; y para la última de las sentencias de vista el *Ad quem* no solo realizó el cuestionamiento al razonamiento judicial, sino que concluyó en la determinación de la materialidad de los hechos y la responsabilidad de los procesados, aunque se abstuvo de emitir una condena del absuelto, pese a que esta resulta una posibilidad legal y constitucionalmente válida.

Dicha salida resulta ser la respuesta adecuada para el problema generado en el caso de autos sobre la vulneración del plazo razonable y deberá tomarse en cuenta para emitir una pronta resolución que ponga fin definitivo y rompa el ciclo indeterminado de discrepancias de apreciación sobre la prueba.

Vigesimoprimer. En tal sentido, este Colegiado Supremo estima pertinente dejar sin efecto y declarar la nulidad de la sentencia de vista recurrida, con la finalidad de que se lleve a cabo una nueva audiencia de apelación en la que se tomen en consideración los parámetros establecidos en la Casación número 1379-2017/Nacional reseñada precedentemente (en lo pertinente), a fin de que, luego de esta, la Sala de Apelaciones emita una sentencia definitiva en la que, si lo considera pertinente (y sobre el análisis adecuado de las pruebas con inmediatez), se decante por la condena de los acusados absueltos o, en su defecto, ratifique la absolución de primera instancia, sin necesidad de que en ninguno de estos supuestos se continúe dilatando y difiriendo la causa de forma indeterminada.

Asimismo, se precisa que el juicio oral de apelación dispuesto por esta Sala Suprema deberá llevarse a cabo como máximo en seis meses de comunicada la presente decisión y por un nuevo Colegiado Superior que

se avoque de modo exclusivo a la presente, lo cual deberá ser puesto en conocimiento del presidente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad para su control, observación y demás asuntos pertinentes.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de esta Sala Suprema:

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa del procesado **Elidio Espinoza Quispe** contra la sentencia de vista del veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, que declaró nula la sentencia de primera instancia del veinte de octubre de dos mil dieciséis que absolvió a Espinoza Quispe y otros del delito contra la libertad-secuestro agravado en concurso real con el delito contra la vida, el cuerpo y la salud-homicidio calificado, en perjuicio de Víctor Alexander Enríquez Lozano, Carlos Iván Mariños Ávila, Ronald Javier Reyes Saavedra y Carlos Iván Esquivel Mendoza; y ordenó un nuevo juicio oral.
- II. **CASARON** la sentencia de vista. En consecuencia, **ORDENARON** que un nuevo Colegiado Superior realice nueva audiencia de apelación y cumpla cabalmente lo dispuesto en esta sentencia casatoria, para lo cual deberá tomarse en cuenta lo siguiente: **i)** los parámetros establecidos en la Casación número 1379-2017/Nacional (en lo pertinente); **ii)** el juicio oral de apelación deberá llevarse a cabo, como máximo, en seis meses de comunicada la presente decisión y por un nuevo Colegiado Superior que se avoque de modo exclusivo a la presente causa; y **iii)** ello deberá ser puesto en conocimiento del presidente de la Corte Superior de Justicia de La Libertad para su control, observación y demás asuntos pertinentes.

III. DISPUSIERON que se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que proceda conforme a ley. Hágase saber a las partes procesales apersonadas en esta Sede Suprema.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza, por licencia de la señora jueza suprema Chávez Mella.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

PT/ran



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

En la ciudad Universitaria de Cayhuayna, a los **16 días del mes de diciembre de 2019**, siendo las **8:15 a.m.**, de acuerdo al Reglamento de Grados y Títulos, se reunieron en la Sala de Grados de la Facultad, los miembros integrantes del Jurado examinador aprobado con Resolución N° 558-2019-UNHEVAL-FDyCP-D del 12.DIC.2019, para la Sustentación de la Tesis Colectiva, titulada **"LA CONDENA DEL ABSUELTO Y EL DERECHO A LA PLURALIDAD DE INSTANCIA EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA PERUANA (2009 – 2019)"**, de la Bachiller: **LUZ ALENKA NUÑEZ SARMIENTO**, para obtener el **TÍTULO PROFESIONAL de ABOGADO**, estando integrado el jurado de tesis por los siguientes profesores ordinarios:

DR. ARMANDO PIZARRO ALEJANDRO	PRESIDENTE
DR. CÉSAR ALFONSO NÁJAR FARRO	VOCAL
DR. LENIN DOMINGO ALVARADO VARA	VOCAL -SECRETARIO

ASESOR DE TESIS: Mg. Luis Ivan Aguirre Antonio (Res. N° 080-2019-UNHEVAL-FDyCP-D)

El aspirante procedió al acto de defensa:

- a) Exposición de la tesis
- b) Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación del aspirante al Título Profesional, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- Presentación personal
- Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y/o solución a un problema social y recomendaciones.
- Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado.
- Dicción y dominio de escenario.

Asimismo, el Jurado plantea a la tesis las observaciones siguientes:

.....

Obteniendo en consecuencia el titulado(a) la nota de: Dieciséis (16)


Equivalente a: Aprobado
 (Aprobado o desaprobado)

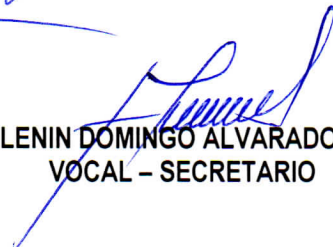
Calificación que se realizó de acuerdo al Art. 32° del Reglamento de Grados y Títulos vigente.

Los miembros del Jurado firman el presente ACTA en señal de conformidad, en Huánuco, siendo

las 10:10 horas del 16 de diciembre del 2019.


 DR. ARMANDO PIZARRO ALEJANDRO
 PRESIDENTE


 DR. CÉSAR ALFONSO NÁJAR FARRO
 VOCAL


 DR. LENIN DOMINGO ALVARADO VARA
 VOCAL – SECRETARIO



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

En la ciudad Universitaria de Cayhuayna, a los **16 días del mes de diciembre de 2019**, siendo las **8:15 a.m.**, de acuerdo al Reglamento de Grados y Títulos, se reunieron en la Sala de Grados de la Facultad, los miembros integrantes del Jurado examinador aprobado con Resolución N° 558-2019-UNHEVAL-FDyCP-D del 12.DIC.2019, para la Sustentación de la Tesis Colectiva, titulada **"LA CONDENA DEL ABSUELTO Y EL DERECHO A LA PLURALIDAD DE INSTANCIA EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA PERUANA (2009 - 2019)"**, de la Bachiller: **ERLINDA DIANA VILCAPOMA SUAREZ**, para obtener el **TÍTULO PROFESIONAL de ABOGADO**, estando integrado el jurado de tesis por los siguientes profesores ordinarios:

DR. ARMANDO PIZARRO ALEJANDRO	PRESIDENTE
DR. CÉSAR ALFONSO NÁJAR FARRO	VOCAL
DR. LENIN DOMINGO ALVARADO VARA	VOCAL -SECRETARIO

ASESOR DE TESIS: Mg. Luis Ivan Aguirre Antonio (Res. N° 080-2019-UNHEVAL-FDyCP-D)

El aspirante procedió al acto de defensa:

- a) Exposición de la tesis
- b) Respondiendo las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

Concluido el acto de defensa, cada miembro del Jurado procedió a la evaluación del aspirante al Título Profesional, teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- Presentación personal
- Exposición: el problema a resolver, hipótesis, objetivos, resultados, conclusiones, los aportes, contribución a la ciencia y/o solución a un problema social y recomendaciones.
- Grado de convicción y sustento bibliográfico utilizados para las respuestas a las interrogantes del Jurado.
- Dicción y dominio de escenario.

Asimismo, el Jurado plantea a la tesis las observaciones siguientes:

.....

Obteniendo en consecuencia el titulado(a) la nota de: *Dieciséis* (16)

Equivalente a: *Aprobado*
 (Aprobado o desaprobado)

Calificación que se realizó de acuerdo al Art. 32° del Reglamento de Grados y Títulos vigente.


Los miembros del Jurado firman el presente ACTA en señal de conformidad, en Huánuco, siendo

las *10:10* horas del *16* de *diciembre*del 2019.

[Firma]
 DR. ARMANDO PIZARRO ALEJANDRO
 PRESIDENTE

[Firma]
 DR. CÉSAR ALFONSO NÁJAR FARRO
 VOCAL

[Firma]
 DR. LENIN DOMINGO ALVARADO VARA
 VOCAL - SECRETARIO

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZAN		REGLAMENTO DE REGISTRO DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR GRADOS ACÁDEMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES			
VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN		RESPONSABLE DEL REPOSITORIO INSTITUCIONAL UNHEVAL	VERSION	FECHA	PAGINA
		OFICINA DE BIBLIOTECA CENTRAL	0.0	06/01/2017	7 de 13

ANEXO 2

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS ELECTRÓNICAS DE PREGRADO

1. IDENTIFICACIÓN PERSONAL (especificar los datos de los autores de la tesis)

Apellidos y Nombres: Núñez Sarmiento, Luz Alenka

DNI: 70810641 Correo electrónico: lans.prudens@gmail.com

Teléfonos: Casa 927311096 Celular _____ Oficina _____

Apellidos y Nombres: Vilcapoma Suárez, Erlinda Diana

DNI: 74119711 Correo electrónico: dianacer@gmail.com

Teléfonos: Casa _____ Celular 921 365 933 Oficina _____

Apellidos y Nombres: _____

DNI: _____ Correo electrónico: _____

Teléfonos: Casa _____ Celular _____ Oficina _____

2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS


Pregrado	
Facultad de:	<u>Derecho y Ciencias Políticas</u>
E. P. :	<u>Derecho</u>

Título Profesional obtenido:

Abogado

Título de la tesis:

"La condena del absuelto y el derecho a la pluralidad de instancia en las sentencias de la Corte Suprema Peruana (2009-2019)"

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZAN		REGLAMENTO DE REGISTRO DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR GRADOS ACÁDEMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES			
VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN		RESPONSABLE DEL REPOSITORIO INSTITUCIONAL UNHEVAL	VERSION	FECHA	PAGINA
		OFICINA DE BIBLIOTECA CENTRAL	0.0	06/01/2017	8 de 13

Tipo de acceso que autoriza(n) el (los) autor(es):

Marcar "X"	Categoría de Acceso	Descripción del Acceso
<input checked="" type="checkbox"/>	PÚBLICO	Es público y accesible al documento a texto completo por cualquier tipo de usuario que consulta el repositorio.
<input type="checkbox"/>	RESTRINGIDO	Solo permite el acceso al registro del metadato con información básica, más no al texto completo

Al elegir la opción "Público", a través de la presente autorizo o autorizamos de manera gratuita al Repositorio Institucional – UNHEVAL, a publicar la versión electrónica de esta tesis en el Portal Web repositorio.unheval.edu.pe, por un plazo indefinido, consintiendo que con dicha autorización cualquier tercero podrá acceder a dichas páginas de manera gratuita, pudiendo revisarla, imprimirla o grabarla, siempre y cuando se respete la autoría y sea citada correctamente.

En caso haya(n) marcado la opción "Restringido", por favor detallar las razones por las que se eligió este tipo de acceso:


Asimismo, pedimos indicar el período de tiempo en que la tesis tendría el tipo de acceso restringido:


- 1 año
- 2 años
- 3 años
- 4 años

Luego del período señalado por usted(es), automáticamente la tesis pasará a ser de acceso público.

Fecha de firma:

Firma del autor y/o autores:


Lenka Nuñez
Sarmiento


Erlinda Diana Vilcapoma
Suárez