Universidad de Huánuco

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

Y CIENCIAS POLÍTICAS

Trabajo de Suficiencia Profesional

LOS RECURSOS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Para Optar el Título Profesional de :

ABOGADO

TESISTA

MORALES HUAMANÍ, Elizabeth

ASESOR

Dr. PONCE E INGUNZA, Félix

Huánuco – Perú
2018

RESOLUCIÓN N° 040-2018-D-TSP-UDH
Huánuco, 09 de abril de 2018

Visto, la solicitud con Registro N° 094-18-FD formulado por **Elizabeth MORALES HUAMANI** solicita la Resolución de Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de ABOGADO por dicha modalidad.

CONSIDERANDO:

Que, respecto a las modalidades que ofrece para optar el Titulo Profesional en la Universidad de Huánuco y estando a lo dispuesto en el Art. 14° del Reglamento General de Grados y Títulos de la UDH (Resolución N° 466-2016-R-CU-UDH del 23 MAY 2016); y habiendo concluido en Plan de Estudios, la petición es atendible favorablemente; en vías de regularización reconociendo la designación a los tres (03) miembros del jurado examinador.

Que, como es de verse en autos, el recurrente cumple con todos los requisitos preestablecidos;

Que, en consecuencia fijase fecha, hora y lugar del desarrollo de la sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional solicitado por el Bachiller **Elizabeth MORALES HUAMANI**;

Estando a las atribuciones conferidas al Decano en el Art. 68° de la Ley Universitaria N° 30220, Art. 47°c) del Estatuto Universitario y Resolución N° 571-2013-R-UDH del 25 JUL 2013.

SE RESUELVE:
Artículo Primero.- ***DESIGNAR*** como integrantes del jurado examinador del Bachiller *Elizabeth MORALES HUAMANI* a los docentes siguientes:

Dr. Fernando Corcino Barrueta	*: Presidente*
Mg. Pedro Martínez Franco	*: Secretario*
Abg. Hugo Peralta Baca	*: Vocal*

Artículo Segundo.- Señálese *fecha de sustentación del día 13 de abril de 2018 a horas 4.00 pm en el Auditorio de la UDH.*

Registrese, comuníquese y archívese

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
DECANO
FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
Vladislao Zevallos Acosta Dr. D.

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
Facultad Derecho y Ciencias Políticas
Mg. Eli Carbajal Alvarado
DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ACADÉMICO

DISTRIBUCION: Vicerrector, Fac. Derecho, Programa de Derecho, Consejo de Facultad, Archivo

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

17 ABR. 2018

ACTA DEL TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Huánuco, siendo las 4:00 p.m horas del día 13 del mes de ABRIL, en cumplimiento de lo señalado en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad de Huánuco, se reunieron: El Secretario Académico de la Facultad: DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS y el Jurado Calificador nombrados mediante Resolución 040-2018-D-TSP integrado por los docentes:

Dr. FERNANDO E. CORCINO BARRUETA presidente

Mg. PEDRO MARTINEZ FRANCO Secretario

Abg. HUGO ROMAN BACA Vocal, para calificar el **Trabajo de Suficiencia Profesional** solicitado por el Bachiller ELIZABETH MORALES HUAMANI para optar el Título Profesional de ABOGADO

Dicho acto de sustentación se desarrolló en dos etapas: exposición y absolución de preguntas, procediéndose luego a la evaluación por parte de los miembros del Jurado.

Habiendo absuelto las objeciones que le fueron formuladas por los miembros del Jurado y de conformidad con las respectivas disposiciones reglamentarias, procedieron a deliberar y calificar, declarándolo (a) APROBADA por UNANIMIDAD con el calificativo cuantitativo de TRECE y cualitativo de 13

Siendo las 4:30 p.m horas del día 13 del mes ABRIL del año 2018, los miembros del Jurado Calificador firman la presente Acta en señal de conformidad.

Presidente

Secretario

Vocal

Al incondicional apoyo brindado por quienes, con su cariño y comprensión, lograron impulsarme hacia metas más altas: ***a mi esposo e hijos.***

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 04

FORMULACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 06

PROBLEMAS DE LA INVESTIGACIÓN A FORMULARSE 08

OBJETIVOS 08

MARCO TEÓRICO 09

PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LOS RECURSOS 11

PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LOS RECURSOS 14

CLASES DE RECURSOS 16

CARACTERÍSTICAS 16

RECURSO DE REPOSICIÓN 17

RECUSO DE APELACIÓN 25

RECUSO DE CASACIÓN 31

RECURSO DE QUEJA 38

ESTADO DE LA CUESTIÓN 45

TOMA DE POSTURA (HIPÓTESIS) 47

CONCLUSIONES 50

RECOMENDACIONES 51

BIBLIOGRAFÍA 52

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo desarrolla el tema “los Medios Impugnatorios en el Nuevo Código Procesal Penal” gracias a los aportes de los distintos comentaristas y tratadistas, así como la basta jurisprudencia de la Corte Suprema; asimismo se desarrolla el tema teniendo en cuenta lo que muchos juristas o aquellos expertos en la materia señalan respecto al tema objeto del presente trabajo, por otro lado, la información que se presenta, es en base a sentencias emitidas en nuestra localidad, todo esto para entender de cerca el razonamiento de nuestro operadores de derecho.

Es a través de los recursos que justamente se peticiona al tribunal mismo o instancia superior que se modifique la resolución que causa un agravio a la parte peticionante, de modo que esta sea revocada o anulada. Ahora bien, cabe precisar que para que una resolución pueda ser cuestionada, debe ser de manifiesto el perjuicio en la resolución.

Entrando de lleno al asunto, podemos definir al recurso de reconsideración como aquel que se presenta contra resoluciones de mero trámite o decretos, a fin de que el mismo Juez resuelva el pedido; por otro lado, el recurso de apelación, como un recurso impugnatorio frecuente, está dirigido a cuestionar sentencias, autos de sobreseimiento, y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia; los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio; los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas, siempre y cuando estén viciados o causen gravamen irreparable.

El Recurso de Casación es un recurso de carácter excepcional, cuya pretensión es la revisión de las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión

de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores, entre otros tantos señalados en la norma procesal; aunado a ello y excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los mencionados en la norma, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Finalmente el recurso de Queja, busca lograr el control de la admisibilidad del recurso de Apelación, esto por parte de la Corte Suprema de Justicia, tras la denegación del juez al recurso de apelación o de la Sala Penal Superior en caso de negación de casación. El recurso de Queja no es contra una resolución judicial, sino contra el agravio que se estima causado por la postura del órgano que la dictó, es decir procede contra las resoluciones que declaran inadmisible el recurso de apelación o casación. Todos estos recursos buscan que se pueda obtener seguridad jurídica garantizando que se lleve a cabo un debido proceso, esto es, respetando todas las garantías que reviste el nuevo sistema procesal penal peruano.

II. FORMULACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La norma procesal establece que cuando el interesado presente un recurso impugnatorio durante el desarrollo de una audiencia, deberá formalizarlo por escrito en el plazo de cinco días, caso contrario se rechazará la impugnación planteada. Esto es así, debido a que lo que se busca es que los que se plantea oralmente, adquiera relevancia y cumpla su formalidad para luego entrar al plano de la concesión y consecuentemente ser resuelto por el órgano revisor, es decir, se pasa a la sustanciación del acto impugnatorio.

Ahora bien, usualmente en la praxis judicial los recursos que son presentados en audiencias, al ser formalizados dentro de los cinco días, no presentan mayor dificultad pues al tener cada uno de los medios impugnatorios (revisión, queja, apelación y casación) un plazo propio, no existe algún problema en torno a esta situación, salvo cuando se trata del recurso extraordinario de casación.

El recurso de casación es un de naturaleza excepcional, el cual al ser interpuesto solo será admitido de acuerdo a las causales establecidas en el artículo 429º del nuevo estatuto procesal; empero el problema planteado no reside en la causales para su interposición, sino que en el plazo que concede la ley para formalizarlo luego de haberlo interpuesto en plena audiencia; es decir, ese lapso de tiempo que tiene el legitimado para poder formular su recurso impugnatorio por escrito, luego de haber sido oralizado en audiencia.

Si bien el artículo 405º inciso 2 del Código Procesal Penal, establece que los recursos interpuestos oralmente contra resoluciones finales en el desarrollo de una audiencia, deben ser formalizados en el plazo de cinco días; esto es cuando se trate de resoluciones finales, entiéndase que se trate de una sentencia, por consiguiente se planteará recurso de

apelación en plena audiencia, el cual se formalizará dentro de cinco días tal cual lo precisa la norma, así mismo, si estamos frente a una sentencia de vista, procederé el recurso de casación, que deberá ser formalizado dentro del mismo plazo, empero como se sabe la casación tiene una singularidad en la ley procesal, por cuanto su plazo es otro para su correspondiente interposición; sin embargo, en el presente caso lo que se discute no es el plazo para su interposición, sino que habiendo sido interpuesto, el plazo para formalizarlo seguirá siendo el contemplado en el inciso 2 del artículo 404º o es que se aplica el artículo 414º inciso 1 literal a); sin duda estamos frente a una contradicción, un conflicto de normas que genera antinomia.

La respuesta a este problema se halla prevista en el mismo artículo 404º inciso 2, respecto a la última parte que establece la excepción al plazo para formalizar el recurso cuando la misma ley establezca otra formalidad, y efectivamente es así, pues el artículo 414º inciso 1 literal a), lo precisa claramente, que cuando se trate del recurso de casación, el plazo es de diez días; ahora bien en la jurisprudencia existen diversos pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales que establecen cuál es la norma a aplicar, siendo una de ellas lo que se dejó en claro a través del expediente Nº 036-2013-ICA, Recurso de Queja interpuesto ante la Corte Suprema por Sammy Alejandro Rojas Miranda, frente a la declaratoria de improcedencia del recurso de casación formulado por el mismo recurrente; pronunciamiento, donde la corte suprema ha dejado establecido, que frente a este conflicto de leyes que genera antinomia, cuando se trata del recurso de casación oralizado en audiencia, para su formalización, deberá remitirse a lo contemplado en el artículo 414º inciso 1 literal a) en concordancia con el artículo 405º inciso 2, última parte. En ese orden de ideas seria el problema genérico el siguiente:

¿Qué sucede con el recurso de casación interpuesto durante el desarrollo de una audiencia y que no es formalizado dentro del plazo de

cinco días, conforme al artículo 404 inciso 2 del Código Procesal Penal, se rechaza o se admite?

PROBLEMAS DE LA INVESTIGACIÓN A FORMULARSE

Problema principal

¿Qué importancia tiene los Recursos de impugnación en el Nuevo Código Procesal Penal 2004?

Problema específico

¿Cuáles son las formas de interponer un recurso de impugnación en el Nuevo Código Procesal Penal 2004?

¿Cuáles son los efectos de los recursos impugnatorios en Nuevo Código Procesal Penal 2004?

Objetivos

Principal:

Explicar sobre la importancia tiene los Recursos de impugnación en el Nuevo Código Procesal Penal 2004

Específicos:

Determinar las formas de interponer un recurso de impugnación en el Nuevo Código Procesal Penal 2004

Establecer los efectos de los recursos impugnatorios en Nuevo Código Procesal Penal 2004

III. MARCO TEÓRICO

LOS RECURSOS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. GENERALIDADES

CONCEPTO

Bajo el término recursos cabe entender el conjunto de actos de postulación, a través de los cuales se puede obtener la revisión de una resolución judicial, por considerarla inapropiada para el individuo o inapropiada para el derecho, cuya revisión compete al órgano judicial que dictó la misma, o bien por otro superior, con la finalidad que se produzca un control sobre las resoluciones judiciales por considerar que existen vicios o se ha producido un agravio.

La parte que considere estar perjudicada por una resolución, tiene el derecho de mostrarse disconforme con ella y a la vez, peticionar que sea revocada, con distintas consecuencias ulteriores, según las distintas clases y fundamentos de los recursos. Conforme a lo ya manifestado líneas antes, cuando nos referimos a la parte agraviada, se entiende como aquélla legitimada para recurrir una resolución, es decir que no es suficiente que aquélla sea parte, sino que la resolución recurrida le cause un agravio, y por eso decide cuestionarla, para producir su eliminación o un nuevo análisis de la misma por considerar que es injusta o ilegal.

Los recursos son los instrumentos o institutos procesales de impugnación de resoluciones no firmes. La parte perjudicada por una resolución, se muestra disconforme con la misma y al pretender que se revocada con distintas consecuencias ulteriores, de acuerdo a las distintas clases y fundamentos de los recursos. Al respecto la CIDH, en uno de sus informes anuales, al revisar la institución de los recursos señala que; el recurso en un proceso penal, "es

la oportunidad de recurrir a una segunda instancia, que refuerza la protección contra el error judicial" En ese sentido lo que se busca es el reconocimiento de la falibilidad humana, debido a los errores o mala interpretación de los jueces (procesal o material).

El profesor **CAFFERATA NORES**, precisa que, se entiende al recurso como un medio de control, de la corrección fáctica y jurídica acordada con sentido bilateral. Siendo esto así, la tendencia moderna, es dar un control a la ilegalidad, irregularidad y a la ilogicidad. Por ello a nuestro entender un sistema de recursos, debe cumplir con cuatro exigencias básicas: primero debe cumplir un control de legalidad, o sea, que el recurso debe de utilizarse para cuidar que la resoluciones judiciales, en lo material y procesal cumplan con el estándar de legalidad; segundo, que se cumpla con el doble pronunciamiento (apelación), es decir que verse sobre un gravamen; tercero, que se cumpla con formar la doctrina jurisprudencial, que garantice el valor seguridad jurídica y la unidad en la aplicación judicial del derecho; y cuarto, que un sistema como este, tiene que garantizar la tutela de los derechos materiales y procesales cuyo reconocimiento constitucional resguarda frente a las lesiones que puede causar el juez frente a sus actuaciones; es decir, que se tutele la integridad de los derechos fundamentales.

Ahora bien, atendiendo a criterios clásicos, la clasificación de los recursos se da de la siguiente manera: recursos devolutivos y no devolutivos. Los primeros son aquellos en donde la causa es elevada a la instancia superior, es decir del Juez Penal a la Sala Penal Superior; el presente Código regula como recursos devolutivos, a la apelación, queja y casación. Por otro lado, los recursos no devolutivos son aquellos que van a ser resueltos por el Juez que emitió la resolución material de impugnación, esto es, la reposición.

En segundo lugar, tenemos a los recursos ordinarios y extraordinarios.

Son recursos ordinarios aquellos que van a cuestionar la resolución por cualquier causa o motivo (apelación, queja y reposición).

Por el contrario, los recursos extraordinarios son aquellos que tienen por objeto cuestionar únicamente la causa o motivo de impugnación que se encuentra prevista en la ley (casación); esta segunda es la clasificación que adopta el presente cuerpo normativo.

Según el Juez Supremo **NEYRA FLORES** - Los Recursos son aquellos actos procesales en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial solicita en ese proceso y dentro de determinados plazos computados a partir de la notificación de aquélla, que el mismo órgano que la dictó, u otro superior en grado, la reforme, modifique, amplíe o anule.

En efecto, debido a que en el proceso penal existe una lucha de intereses contrapuestos, el amparar uno u otro interés va a ocasionar la disconformidad y posible agravio de aquél que no se vio favorecido con la resolución emitida.

En ese sentido, quien se considere perjudicado buscará la forma de oponerse a que dicha resolución adquiera la calidad de Cosa Juzgada y en consecuencia evitar el efecto de inmutabilidad de ésta). Dicha oposición se consigue a través de los recursos, como un instrumento jurídico que busca cambiar una decisión judicial por una nueva, en cumplimiento con el Principio de Legalidad, el cual exige, resoluciones acordes a la ley.

Mediante la denominación de los recursos se establecen cuáles son los recursos impugnatorios que se pueden dirigir contra las resoluciones judiciales. Nuestra norma procesal precisa que los recursos son: reposición, apelación, casación, y queja y en esa misma línea establece los siguientes plazos: dos días para la reposición, cinco días para la apelación de sentencia, tres días para la apelación contra autos y para el recurso de queja, y diez para la casación.[1]

1.1. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LOS RECURSOS

[1] MANUAL DEL NUEVO PROCESO PENAL Y LITIGACION ORAL; NEYRA FLORES, José Antonio; Edit. Moreno S.A. julio 2010, Pág. 372

- **Principio de legalidad**.- Los recursos deben estar predeterminados por la ley. Si revisamos el artículo 404º inc. 1 establece que "Las resoluciones judiciales serán impugnables sólo en los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley"; asimismo al plantear un recurso, no se admite otro, por principio de singularidad. Principio de trascendencia.

  En virtud de ello, sólo cabe interponerse el recurso, cuando la parte se encuentre legitimada, es decir, que resulte agraviado con la resolución. Pero no solo basta ello, pues la norma procesal establece que el recurso, debe ser presentado por quien resulte agraviado con la resolución, además, tenga interés directo y se halle legalmente facultado para ello.

  Por otro lado resaltando la función del Ministerio Público, como defensor de la Legalidad, este también puede recurrir, incluso a favor del imputado, conforme lo establece el artículo 405º inciso 1 literal “a”; así por ejemplo, el actor civil sólo podrá impugnar con respecto al objeto civil de la resolución.

- **Principio dispositivo.** Se entiende que los recursos sólo son formulados por los sujetos procesales legitimados, en tal sentido, la revisión de la resolución tendrá como límite la pretensión del impugnante.

  El principio de congruencia recursal; constituye una derivación de este principio, el cual se entiende que el órgano superior sólo se debe pronunciar en el extremos impugnado, esto es, solo aquello que es objeto o materia de impugnación. Sin embargo, el órgano revisor, tiene la facultad de declarar la nulidad en el caso de nulidades (absolutas o sustanciales) que no hayan sido advertidas por el impugnante, una excepción obviamente. (art. 409º inc.1).

  Vinculado al principio dispositivo, encontramos dos instituciones que

recoge el código: la adhesión y el desistimiento, regulados, en los artículos 404º inciso 4 y 406º respectivamente. El primero implica que los sujetos que tengan derecho a recurrir (y en su momento no lo hicieron), podrán adherirse al recurso interpuesto (por cualquiera de los sujetos procesales), claro está, antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda.

Por su parte el segundo implica que los que hayan interpuesto el recurso pueden desistirse antes de expedirse la resolución, debiendo expresar su fundamento, si el abogado planteó el recurso impugnativo, no podrá desistirse sin autorización de su patrocinado. El desistimiento es individual, pues no afecta a los demás recurrentes o adherentes, pero aquél debe responder por las costas.

- **Principio de prohibición de reforma en peor**. Este principio encuentra sus fundamentos en razones de justicia y equidad. Este principio reconocido desde la época de Ulpiano, hoy en día nuestra norma procesal establece lo siguiente "…La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio…" (Artículo 409° inc.3).

  Entonces lo que transmite este principio de reformation in peius, se traduce como la prohibición de emplear el recurso interpuesto por el imputado, en su propia contra, pues se prohíbe que el órgano revisor decline más la situación de este, siempre y cuando claro, sea el único recurrente, ya que el fiscal consintió la resolución quedando prohibido reformar para empeorar la situación del imputado.

  Ahora bien, debemos manifestar que dado el caso que impugnen tanto el imputado como el representante del Ministerio Público se puede re-examinar la sentencia en ambos sentidos en favor o en contra del imputado, empero si el representante del Ministerio Público es el único recurrente, el Juez, podría revocar o modificar la resolución, aún en favor del imputado.

- **Principio de inmediación**.- Según Montero Aroca, no es idóneo un recurso resuelto sólo sobre la base de materiales y elementos correspondientes a la primera instancia. Entiéndase que cuando se cuestione una decisión, la instancia pertinente citará a audiencia a efectos de resolver estando presente el recurrente con los demás sujetos procesales, de modo que el órgano revisor, contando con la presencia de estos, pueda adoptar una decisión razonable y motivada, para decidir.[2]

1.3. EFECTOS DE LOS RECURSOS

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

- **Efecto Devolutivo**: que importa la posibilidad de trasladar una competencia funcional al Juez Ad Quem, por parte del Juez Ad Quo, sobre el objeto de la impugnación. Por ejemplo, en nuestra norma sustantiva, si el recurso se planteó contra una resolución emitida por un juez penal, le corresponderá conocer como órgano revisor, a la Sala Superior Penal, ello de acuerdo a los criterios de competencia funcional establecidos en el NCPP.

- **Efecto Suspensivo**: Lo que produce este tipo de efecto, es que va a aturdir la ejecución de la resolución, puesto que al ser elevado al superior para su respectivo análisis, el proceso se mantiene suspendido, de modo que se paraliza el procedimiento.

  Este efecto, sin embargo, a pesar de ser consustancial al sistema e recursos, no es aplicable en la mayoría de casos, en ese sentido se pronuncia el NCPP de 2004, que en su artículo 412° regula la ejecución provisional; empero si por el contrario, se trata de resoluciones condenatorias, la ejecución se va suspender durante el plazo que se pueda recurrir y de ser el caso, hasta la decisión del recurso.

[2] EL NUEVO PROCESO PENAL; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, Edit. Moreno S.A.; Primera edición 2009; Pág. 409-411.

- **Efecto Extensivo:** Cuando el recurso haya sido planteado por un solo sujeto, el juez podría extender los alcances de la modificatoria de la resolución a los demás sujetos, a ello se le denomina, efecto extensivo de la impugnación; en segundo lugar, el juez revisor puede extenderse e ir más allá de lo solicitado, por uno de los recurrentes (en cuanto al número de personas como también a aspectos no considerados en la impugnación), pero cuando solo ésta les favorezca.

  Y ello, en virtud también del principio de prohibición de la Reformatio in Peius. Este efecto solo puede ser posible, cuando existe una pluralidad de sujetos procesales con un interés afín, a este se conoce como resolución impugnada con efecto extensivo.

  Un ejemplo del efecto extensivo (de la impugnación y de la resolución) del recurso lo tenemos en el caso que la apelación sea planteada por el tercero civil y logre una rebaja del monto indemnizatorio, pese a que el imputado, no ha tenido la misma participación, tendrá la posibilidad de participar activamente en el procedimiento recursal (presentando alegatos, solicitando informe oral, etc.) y por otro lado si la decisión final le favorece también tendría que beneficiarse con ello.

- **Efecto diferido:** Este efecto procede en los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicta auto de sobreseimiento sobre alguno de ellos estando pendiente el juicio de los demás. Si sucede que se presenta algún recurso y éste es admitido, regularmente correspondería que se eleven los actuados inmediatamente al Juez A Quem para que resuelva, pero el efecto diferido indica que la remisión no es inmediata, sino que se va esperar que se dicte sentencia contra los otros imputados, con ello se pretende evitar dilaciones e interrupciones al proceso principal, dejando a salvo la posibilidad de

obviar este efecto diferido si se le ocasiona grave perjuicio a alguna de las partes.[3]

1.4. CLASES DE RECURSOS

Siguiendo a FENECH se clasifican en:

a) Recursos ordinarios.- Aquellos recursos que concede el Código Procesal como medios comunes de impugnación y que los motivos de admisión están expresamente determinados por la Ley. Se otorgan para examinar de nuevo todo lo actuado, y poder subsanar cualquier error. Tienen este carácter, los recursos de reposición, apelación y queja

b) Recursos extraordinarios.- La interposición de estos recursos, se amoldan a hechos concretos y establecidos por el ordenamiento procesal penal. Se usa para corregir cualquier error ya sea en el fondo como en la forma y tiene este carácter únicamente el recurso de casación.

c) Recursos excepcionales.- Se interponen para aquellos supuestos de errores graves, aunque exista cosa juzgada formal y tiene este carácter, desde una perspectiva tradicional el recurso de revisión; modernamente se considera a la revisión como una acción independiente; ya que se plantea cuando el proceso penal ha terminado.

1.5. CARACTERÍSTICAS

El Código exige las siguientes formalidades:

[3] MANUAL DEL NUEVO PROCESO PENAL y LITIGACION ORAL; NEYRA FLORES, José Antonio; Edit. Moreno S.A. julio 2010.pag 37-380

- que se interponga por quien resulte agraviado, tenga interés directo y legitimidad; si fuera por escrito y dentro de los plazos previstos por ley; también se puede interponer oralmente cuando se trata de resoluciones dictadas en una audiencia judicial conforme al artículo 405° inciso1, empero si se interpone oralmente contra resoluciones finales, se formalizará por escrito en el plazo de 5 días, en virtud del artículo 405° inciso 2.

- Asimismo se debe tener en cuenta que el recurso impugnatorio debe de precisar los puntos de la resolución que le afecten o le causen agravio, expresar los fundamentos de hecho y derecho y concluir formulando la pretensión concreta.

- El juez se pronunciará sobre la admisión del recurso, notificará a las partes y elevará inmediatamente lo actuado al juez inmediato superior (excepto del recurso de reposición).

- El juez revisor podrá, de oficio, controlar la admisibilidad del recurso y anular el concesorio, cuando no cumplan los requisitos.

- En caso que el órgano revisor advierta errores de derecho que no hayan influido en la parte resolutiva de la resolución impugnada, no se anularán y serán corregidas.

- De igual forma se procede cuando se trata de errores materiales en la denominación o en el cómputo de penas, pues los plazos son: dos días para la reposición, cinco días la apelación de sentencia, para los autos serán tres días, tres días también para el recurso de queja y diez días para la casación (art. 414).

2. RECURSO DE REPOSICIÓN

2.1. CONCEPTO

Conocido también en el derecho comparado como súplica, reforma, reconsideración o de revocatoria, y consiste en obtener ante la misma

instancia se subsane algún error u omisión que no reviste mayor gravedad. La reposición es un recurso ordinario, no devolutivo, que está orientado a cuestionar un error que no versa mayores defectos o podría anular la resolución, tal es así, que puede interponerse ante cualquier tribunal, que este a cargo del proceso conforme a su competencia funcional, vale decir que procede tanto durante el curso de la investigación como del juzgamiento; es decir que en la misma instancia se subsanen los agravios que ocasiona la resolución recurrida.

El juez Supremo, profesor **SAN MARTÍN CASTRO**, señala que, este recurso tiene su fundamento en la economía procesal representada por la conveniencia de evitar una doble instancia, otorgándole al Tribunal, autor de una resolución, la oportunidad de corregirla luego de autor de una resolución la oportunidad de corregirla, luego de un nuevo estudio de la cuestión. Ello conlleva también a una mejor preparación por parte de los magistrados, así como de los sujetos procesales.

Sin embargo tengamos en cuenta que el auto que resuelve la reposición inimpugnable, se da por razones de abreviación, suficiente como para garantizar el derecho de la parte que recurre, toda vez que, a decir de la doctrina, se trata de cuestiones no trascendentales.[4]

2.2. FINALIDAD Y PRINCIPIOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Roland Arazi sostiene que el recurso de reposición "(...) tiene como finalidad que el mismo juez o tribunal que dictó una, la revoque o enmiende, dictando en su lugar otra nueva por contrario imperio"; fórmula esta que apunta a que la revocatoria emerja por propia obra del órgano que la dictó y no por imperativo del superior jerárquico.

En línea diferente, se ubica **JOSÉ DE VICENTE Y CARAVANTES**, para que el recurso de reposición tenga por objeto evitar dilaciones y

[4] CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO; CACERES, Roberto /IPARRAGUIRE, Ronald; Edit. Jurista E.I.R.L; 2012.

gastos consiguientes a una nueva instancia, respecto de las providencias que recaen en diligencias o puntos accesorios del pleito, para cuya revisión no son indispensables las nuevas alegaciones pruebas o plazos de las apelaciones, ni la mayor ilustración que se supone en los jueces superiores que entienden en estas.

En lo referido a la finalidad del recurso de reposición, nos adscribimos al concepto enarbolado por **José de Vicente y Caravantes** habida cuenta y siguiendo a este autor, se puede distinguir un propósito bipartito del recurso de reposición o revocatoria. En primer lugar, el interés propio de la parte que lo plantea por cuanto pretende la modificación o revocación del decreto dictado por el propio juzgador que lo expide, -de allí precisamente se desprende la fórmula "contra imperio".

De ser fundada la pretensión, se entenderá que "repone", pero no a un estado anterior o primigenio, sino más bien al estado que fue postulado por el propio justiciable, con lo cual el concepto "repone" adquiere más bien reforma. En cuanto al segundo propósito, este más bien le atañe a la propia administración de justicia, pues considerando que será el mismo juez que dictó su resolución quien la reexamine y corrija (evitando la alzada), se estará consagrando la economía y celeridad procesal.

Y es que la única forma que se admite que el juzgador vuelva tras sus pasos y revoque su propia decisión, es a través del recurso de reposición; empero, ello únicamente por cuanto se trata de “la forma más simple de las resoluciones judiciales".

Efectivamente, ni los autos ni las sentencias admiten siquiera la posibilidad de dicho recurso, en la medida que, lejos de dar cuenta de simples tramitaciones de las partes o de dar impulso al proceso, versan sobre cuestiones de fondo, y especialmente en el caso de las sentencias, gozan de la autoridad de la cosa juzgada (cuando han

quedado consentidas o ejecutoriadas). Como mencionamos líneas arriba, un principio que con justa razón debe ser aplicable al este recurso, sería el principio de la Prohibición de la Reformatio In Peius, (o de interdicción de la reforma peyorativa), pues si el derecho a recurrir por el justiciable obedece a considerarse afectado por una determinada resolución y en la procura de eliminar o aminorar el agravio ocasionado -en el caso que nos ocupa, por un decreto-, sería injusto y arbitrario que, al resolverse su petición, su situación se empeore o se agrave en contra del mismo.

Finalmente, cabe referimos en párrafo aparte al principio de pluralidad de instancias, consagrado constitucionalmente en el Artículo 139°.6 de la Norma Fundamental, entendido no solo dentro del derecho a impugnar toda resolución, sino también como la posibilidad de que un órgano superior acceda a un control sobre la decisión adoptada. Esta sería la regla, sin embargo, existen algunas resoluciones por añadidura que resultan ser inimpugnables u otras en las que no se cumpliría la exigencia de doble instancia, sin que esto conlleve a una transgresión al derecho reconocido por el Artículo XXVI de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, debido proceso, ciertamente debe concedérsele la alzada, por citar un ejemplo, del primer supuesto es la inimpugnabilidad de la decisión adoptada por el Juzgado Colegiado sobre la recusación de uno de sus miembros (artículo 57°.1 del Código Procesal Penal), o de aquella dictada por la Sala Penal de apelaciones con relación a la admisibilidad de pruebas ofrecidas en segunda instancia (artículo 422°.4 del Código Procesal Penal).

El profesor **CUBAS VILLANUEVA**, señala que este recurso tiene su fundamento en la economía procesal representada por la conveniencia de evitar una doble instancia, otorgándole al tribunal que no es otro que el autor de una resolución, la oportunidad de corregirla luego de un estudio. Y es que, en definitiva, ello no implica vulneración alguna de índole procesal, pues el principio a la instancia plural debe ser

entendido no tan solo como el control jerárquico efectuado por el superior, sino que también, como un doble grado de pronunciamiento jurisdiccional, lo cual sin duda como ya se ha expuesto, se satisface en la dinámica y naturaleza del recurso de reposición.

2.3. JUSTIFICACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Este recurso se halla justifica en razones de estricta economía procesal la cual es un beneficio para el Estado iuspiniendi.

Es lógico, existen supuestos donde la doble instancia resulta absolutamente innecesario, por lo que se permite al propio órgano jurisdiccional corregir el decreto expedido.[5]

2.4. CARACTERÍSTICAS

Siguiendo al maestro José Neyra Flores, el recurso de reposición presenta las siguientes características:

1. Está orientada a cuestionar, única y exclusivamente los decretos y durante las audiencias contra todo tipo de resolución, salvo las finales. Si bien la regla procesal es la impugnación de todas las resoluciones, de manera que resultan aislados de su ámbito los actos del juez desprovistos de carácter decisorio y los actos procesales de las partes, entonces la impugnación como regla debe canalizarse a través del incidente de nulidad o llamados nulidad de actos procesales regulados en el Libro Segundo "La actividad procesal", Título III del NCPP, 2004.

2. Por requerir una declaración de voluntad de alguna de las partes, no cabe plantear un recurso a la actividad del juez, exteriorizada mediante la invalidación de actos decisorios directa o indirectamente transportadores de nulidad absoluta.

[5] EL PROCESO PENAL APLICADO; REYNA ALFARO, Luis Miguel; Edit. Grijley segunda edición 2011; pág. 415

3. Que el recurso sea interpuesto dentro del mismo proceso en el que se dictó la resolución impugnada y antes de que el plazo legal previsto para deducirlo adquiera firmeza.

4. Se plantea observando el plazo legal, pues es perentorio, ya que está fijado en 2 días (art. 414° literal a) del NCPP, este se computa desde el día siguiente de notificada la resolución que trate y que es individual respecto de cada una de las partes. Plazo que al ser de naturaleza procesal, habrá que computarse en días hábiles y, si el último día del plazo fuera inhábil, se entenderá que vence el primer día hábil siguiente.

5. La reposición se plantea porque el decreto causa un perjuicio al recurrente, esto es, que le sea parcial o totalmente desfavorable.

   Se debe tener presente que el gravamen o perjuicio no tiene que ser necesariamente económico, bastara que este sea un perjuicio jurídico, por la resolución que reimpugna.[6]

2.5. TRÁMITE DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Nuevamente resulta pertinente establecer una distinción entre tres supuestos: la reposición resuelta liminarmente, la reposición contra decretos y la reposición contra resoluciones no finales emitidas durante el juicio oral.

La reposición resuelta liminarmente: El artículo 415° inciso 2 del Código Procesal Penal reconoce la posibilidad de resolver inmediatamente el recurso de reposición formulado tanto contra decretos como contra resoluciones no finales dictadas durante el juicio oral. Para esto resultará necesario, por un lado, que el vicio o error que sirve de base para la petición de reposición sea evidente o,

[6] ESTUDIOS SOBRE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS EN EL PROCESO PENAL; JERI CISNEROS, Julian Genaro;
Edit. El búho; primera edición setiembre 2012; Pag..176

por otro lado, que la inadmisibilidad o improcedencia del recurso sea notoria. Esto justifica la aceptación o rechazo liminar del pedido de reposición, sin correr traslado a las partes procesales.

La reposición contra decretos: Interpuesto el recurso contra un decreto y verificado la admisibilidad, corresponde, siempre que el Juez lo considere necesario, correr traslado del recurso a las partes procesales por el plazo de dos días y debe resolver inmediatamente después, exista o no exista contestación

La reposición contra resoluciones no finales emitidas durante el juicio oral: una vez interpuesto el recurso, corresponderá que el Juez resuelva el mismo y en el acto de la audiencia sin suspenderla; sin embargo, en tanto resulte necesario, el juez podrá correr traslado inmediato a las partes procesales siempre que ello no afecte el cumplimiento de la obligación de resolver el recurso inmediatamente sin suspender la audiencia.[7]

2.6. REQUISITOS

Entre los requisitos para su admisión podemos señalar:

a) Tiempo. El recurso de reposición debe de interponerse en el plazo improrrogable de dos días, a partir de la notificación de la resolución (art. 414, inc. 1, literal d), e inc. 2 del NCPP). Las partes tienen la potestad de realizar actos procesales que la ley les permita y dentro de los plazos que ella señale, extinguiéndose los efectos de la anterior ante la vigencia de la actual; esto cierra el paso a la revisión de los actos procesales mediante la caducidad y la extinción de la etapa inmediatamente anterior, evitándose de esta forma el desorden y la incertidumbre. Si el juzgador no advierte el error y este es dejado consentir por las partes, se convalida en virtud del principio de preclusión.

[7] EL PROCESO PENAL APLICADO; REYNA ALFARO, Luis Miguel; Edit. Grijley segunda edición 2011Pag.417-418.

b) Forma. Esta referido al modo de interponerlo, tratándose de un recurso especial, su interposición puede ser en forma escrita o en forma oral. El escrito será planeado por escrito cuando no se trate de una decisión dictada en audiencia. Asimismo el recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

La interposición del escrito ha de formularse debidamente fundamentado. La presentación de un escrito que se reduzca a determinar la identidad del recurrente y la resolución que se pretende impugnar, sin otras adicionales precisiones destinadas a dar a conocer los motivos de la reposición, no puede entenderse que satisfaga la exigencia de acceso a la reposición, por lo que el órgano judicial declarará la no admisión del recurso.

Ahora bien, si la reposición fuera interpuesto de manera verbal en alguna audiencia podrá dirigirse contra resoluciones que no pongan fin al proceso y que no estén circunscritas como resoluciones recurribles por otros medios de impugnación; por ejemplo, si alguna parte procesal se opone a alguna pregunta formulada por su parte contraria, y esta es denegada por el juez o el tribunal (sala penal), podrá interponer reposición contra la decisión por considerar que fue emitida incurriéndose en algún vicio o error.

Bajo este supuesto, consideramos que la interposición y fundamentación del recurso deberá ser inmediata, pues, justamente lo que se quiere -por ejemplo a través de una oposición de una pregunta es pasar por alto dicha cuestión. En todo caso, el recurso de reposición resulta ser residual frente a la apelación porque cuestiona resoluciones de menos "carga" y de mero impulso procesal, observándose, además, que tiene un efecto no devolutivo, esto significa que la situación será resuelta por el mismo juez.

Finalmente, debe contener: Una expresión de voluntad de impugnar, es decir, una voluntad específica de recurrir el contenido del decreto, en el

ámbito en que le causa agravio. La indicación de los puntos, objeto de cuestionamiento, se refiere a la indicción expresa de estos y la decisión de la jurisdicción que se cuestiona, de modo que permita especificar el punto que causa agravio.[8]

3. RECUSO DE APELACIÓN

3.1. CONCEPTO

En la teoría de los recursos se pueden diferenciar entre recursos ordinarios y extraordinarios. Los primeros están destinados a conocer la gran mayoría de causas, respetando así, el ordenamiento jurídico, el derecho al doble grado de jurisdicción. Los segundos son recursos más restringidos, en el sentido que las causales para instarlo son pocas y limitadas.

Así, el recurso de apelación al ser uno ordinario tiene dentro de su conocimiento una diversidad de situaciones, las cuales son materia de impugnación. Esta gran amplitud guarda relación con el origen mismo de la apelación, que nació con un cuño inquisitivo.

ALBERTO BINDER señala que este recurso nació en el derecho romano tardío, donde se consolidaron las estructuras imperiales y la jurisdicción comenzó a ser concebida como un poder delegado del emperador, quien podía recuperarlo por medio de una cadena sucesiva de funcionarios... de este modo se fortificaba no la idea de control de las partes sobre el fallo, sino la idea de control del Estado sobre la labor de los jueces.

Esto tiene una influencia notable en lo que respecta a nuestro sistema procesal penal, pues al tratar de diferenciarlo del inquisitivo se busca que el A QUEM no tenga a su disposición las mismas actuaciones de la primera instancia, siendo esto así, las posibilidades

[8] ESTUDIOS SOBRE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS EN EL PROCESO PENAL; JERI CISNEROS, Julian Genaro; Edit. El búho; primera edición setiembre 2012.pag. 181-183

de conocimiento no son las mismas, sino más limitadas, por ello, la revisión del fallo no podrá ser ilimitado como en el sistema inquisitivo.

El profesor SANCHEZ VELARDE, citando a Ortells Ramos, sostiene que se trata del recurso ordinario por antonomasia y que a través de aquel un órgano jurisdiccional superior puede juzgar y resolver de nuevo cuestiones fácticas y jurídicas ya resueltas y hacerlo con la amplitud que determine el recurrente y que autoricen los poderes oficiales de aquel órgano jurisdiccional.

En ese contexto, el objeto de este recurso consiste en lograr que una instancia superior en grado al que dictó la resolución cuestionada, tras un nuevo examen, tanto de las cuestiones de derecho cuanto de las de hecho, y en la medida de los agravios conexos, disponga la revocación o la nulidad de aquélla, así como, en su caso, la de los actos que la precedieron.

Esta facultad impugnativa que no solo corresponde al imputado, sino a todos los sujetos procesales, es decir, tiene legitimidad tanto el fiscal como al actor civil y el tercero civil responsable, conforme al principio de igualdad de armas, desde una concepción lata de lo que debemos entender por Principio de "tutela jurisdiccional efectiva". Debido proceso que se cumple a cabalidad cuando se reconoce el recurso de apelación, pues como bien se ha explicitado, en el marco del estudio del Libro Cuarto, los recursos extraordinarios de casación así como la acción de revisión, parten de otros fundamentos. Este recurso es el que mayores garantías ofrece a las partes, pues debido a su carácter de recurso ordinario: no necesita fundarse en causa legal preestablecida y en él pueden aducirse la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales sufridos en la sentencia o en las actuaciones de primera instancia.[9]

[9] CODIGO PROCESAL PENAL COMENTADO; SANCHEZ VELARDE, Pablo; Edit. Moreno S.A.; diciembre 2013; pág. 431-32

En el expediente N° 287-2013, la Sala Penal de Apelaciones del distrito judicial de Huánuco, dejó en claro lo siguiente, "…se tiene que la mencionada disposición delimita el ámbito de alcance del pronunciamiento del Tribunal Revisor, verificando si aquellas cuestiones de hecho y de derecho son susceptibles de cuestionar por esta judicatura…"

Entonces, vemos que la apelación constituye uno de los medios impugnatorios de mayor incidencia en el sistema procesal, en virtud del cual el órgano jurisdiccional superior puede conocer y resolver cuestiones fácticas y jurídicas decididas por el juez inferior.[10]

La razón por la que se estableció esta regla obedece a no afectar garantía básicas del proceso penal…" De esta parte podemos concluir, que el recurso de apelación se centra en el control de una resolución, que genera perjuicio, es decir, tiene como finalidad que el órgano jurisdiccional examine, a petición de parte o de tercero legitimado, la resolución que ocasione un agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada en su totalidad o en lo relativo.[11]

3.2. APELACIÓN DE AUTOS

La apelación de autos es la garantía de un reexamen de aquel auto que causa agravio a la parte, por lo que se establece un trámite que según el artículo 420º es el siguiente: recibido el expediente judicial, la Sala de Apelaciones conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días, para así garantizar el derecho de defensa de todos los sujetos procesales.

[10] EL NUEVO PROCESO PENAL PEUANO 2; PEÑA CBRERA FREYRE, Alfonso, Edit. El búho E.I.R.L. ENERO 2009; Pág.376

[11] EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO; CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Edit. Palestra REIMPRESION abril 2016; Pag.602

Como lo menciona el profesor NEYRA FLORES en su obra “Manual del Nuevo Proceso Penal”; que la apelación viene a ser el medio impugnatorio por excelencia debido a la amplia libertad de acceso a éste, al que se le encomienda la función de hacer efectivo el tan mencionado derecho al recurso, por ello frente al posible error judicial por parte del Juez Ad Quo en la emisión de sus resoluciones, surge la apelación con el propósito de remediar dicho error a cabo ante el Juez Ad Quem, quien va a poder realizar un análisis fáctico y jurídico sobre la resolución impugnada.

Ahora bien, respecto a los mismos sujetos procesales mencionados líneas arriba, una vez recibido este escrito, pueden absolver traslado, por ello, una vez absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Sala de Apelaciones puede optar por rechazar de plano y por otro lado, si lo estima admisible la causa quedará expedita para ser resuelta, debiéndose señalar día y hora para llevar a cabo la audiencia de apelación. La audiencia no podrá aplazarse por ninguna circunstancia.

Al iniciar la audiencia, primero se da cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso, acto seguido se oirá al abogado del recurrente y luego a los demás partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra. Excepcionalmente, la Sala puede solicitar otras copias o actuaciones, sin que esto implique la interrupción del proceso.

Hasta acá podemos ver un procedimiento basado en la escrituralidad, luego viene la parte oral conformada por la audiencia que es la esencia de este nuevo sistema procesal. Así, la norma procesal señala que a la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que considerasen conveniente. En cualquier momento de la audiencia, la Sala de Apelaciones podrá formular preguntas al Fiscal o a las partes, exigir que estos profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto en concreto de la

cuestión debatida. Se debe de recordar que la Sala de Apelaciones debe de resolver en un plazo máximo de 20 días.

Finalmente, un aspecto a resaltar, es que nuestra Código procesal no ha previsto qué sanción corresponde adoptar frente a la persona que recurre y que no se apersona a la audiencia de apelación de auto.[12]

3.3. APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS

En principio, el recurso de apelación se plantea contra las sentencias dictadas por los jueces Penales y por los jueces de Paz Letrados en los procesos por faltas.

En efecto, explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, se exige formalizar el recurso y se condiciona la impugnación a la precisión de causales o motivos específicos de procedencia, lo que es propio de todo medio de impugnación; pero, por otra parte se permite la solicitud de recibimiento de la apelación a prueba, concebida en términos amplísimos, con lo que se busca un nuevo, completo y más exacto conocimiento de la realidad, juzgando no sólo el material fáctico obtenido en primera instancia, sino también el que se haya podido obtener posteriormente en la apelación, lo que afilia el recurso a su consideración de medio de gravamen.

En cuanto a la naturaleza de este recurso, cuando se trata de cuestionar sentencias, cabe precisar que en los dos Códigos tiene la calidad de medio de gravamen y, por ende, buscan un nuevo conocimiento de la "causa". Muy distinto era el modelo de apelación impuesto en el Proyecto de 1995, siguiendo la fuente española, pues este tiene una naturaleza heterogénea, aunque más alineado a la naturaleza de medio de impugnación.

[12] NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO VOLUMEN 2; SANCHEZ CORDOVA Juan Humberto; Edit. Ediciones legales; primera edición 2014. Pág. 1475 - 1476

Por otro lado, ya que las pruebas en segunda instancia son permitas, este es un tema interesante en el nuevo sistema procesal, por cuanto cabe la posibilidad de presentar distinto causal probatorio; como lo dirían los profesores ROBERTO E. CÁCERES y RONALD IPARRAGUIRRE, la posibilidad que ahora tienen las partes de aportar prueba en segunda instancia, es otra de las novedades que introduce este Código.

Tratándose de apelación de sentencias por faltas, el juez penal resuelve inmediatamente por el solo mérito de lo actuado, sin perjuicio de la vista de la causa y de los informes orales correspondientes.[13]

3.4. EFECTOS JURÍDICOS

A través del efecto suspensivo lo que se busca es dejar en suspenso las consecuencias y los actos a cumplir que condene la resolución impugnada. El efecto suspensivo se produce mientras transcurra el plazo para impugnar y mientras el recurso se tramita en sede superior hasta la decisión. En nuestro Código Procesal el recurso de apelación tiene efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia.

En caso de sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente; siendo el Tribunal Superior el único que en cualquier estadío procesal mediante auto inimpugnable y atendiendo a las circunstancias del

[13] DERECHO PROCESAL; SAN MARTIN CASTRO; Cesar; Edit. Grijley, abril 2014; pág. 853-855

caso, pueda decidir si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse o mantenerse.[14]

4. RECUSO DE CASACIÓN

4.1. CONCEPTO

Se puede definir al recurso de casación como aquel medio impugnatorio devolutivo cuya competencia atiende exclusivamente la Corte Suprema; asimismo, se lo define como un recurso de naturaleza extraordinaria por la existencia de limitaciones en las causas o motivos susceptibles de fundamentar la pretensión impugnatoria dirigida a una función específica.[15]

Con el recurso de casación se pide al Tribunal Supremo que anule una sentencia, porque a consideración del recurrente, el juez ha violado alguna norma jurídica o se ha quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio que ha producido indefensión a éste.

En su origen (Decreto francés de 27 de noviembre de 1791) era dirigido tan solo a la defensa de la ley contra los tribunales inferiores y por un tribunal de cassation que se hallaba fuera de la organización de los tribunales franceses y se originó bajo auspicios políticos.

Este recurso se fue ampliando a los ciudadanos para la discusión de sus derechos de particulares. En España, por razones diversas de las que ocasionaron su aparición en la Revolución Francesa, apareció ya proclive a ser abierto al examen de los hechos cuando el clásico recurso francés se limitaba rígidamente al examen del derecho aplicado por los tribunales inferiores.

[14] EL CÓDIGO PROCESAL PENAL; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas/ RABANAL PALACIOS, William / CASTRO TRIGOSO, Hamilton; Edit. Jurista editores; julio 2013.
[15] MANUAL DEL NUEVO PROCESO PENAL y LITIGACION ORAL; NEYRA FLORES, José Antonio; Edit. Moreno S.A. julio 2010; Pág. 402.

La regla original era que el examen se concentraba en errores de derecho y no de hechos. Estos juicios de hecho que pueden formarse en abstracto están comprendidos en el juicio de derecho que examina la Corte Suprema. Esto tiene coherencia porque para realizar el examen de derecho se tiene que trabajar sobre hechos que componente el supuesto fáctico de las normas, pero estos ya están probados por lo que no es necesario reexaminar sobre su existencia. [16]

El profesor CUBAS VILLANUEVA citando a San Martin Castro, precisa que el recurso de casación contiene tres notas esenciales: Se trata de un recurso jurisdiccional, de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema.

Se dice que es un recurso extraordinario, desde que no cabe sino contra determinadas resoluciones y por motivos estrictamente tasados, regido además por un comprensible rigor formal. Hay que dejar en claro, que este recurso no constituye una tercera instancia, ni una segunda apelación, porque de un lado, el órgano de la casación no enjuicia en realidad sobre las pretensiones de las partes sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia y de otro, por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal.

Es necesario señalar que las funciones reconocidas en la doctrina procesal penal son dos: una es la nomofiláctica que importa la aplicación de las normas adjetivas pertinentes y por otro lado que de su aplicación apropiada, se de una correcta interpretación de su sentido, función de tutela del interés de las partes. Por otro lado se dice que es de función uniformadora, porque la unificación de la jurisprudencia nacional con efectos vinculantes a fin de obtener una justicia más predecible y menos arbitraria. Con este recurso se

[16] DERECHO PROCESAL PENAL; ARBULU MARTINEZ; Victor Jimmy; Edit. El búho; primera edición mayo 2015;Pág. 70

pretende la nulidad de la sentencia (por infracción penal) o del proceso y, consiguientemente, de la sentencia.[17]

4.2. NATURALEZA Y LÍMITES FUNCIONALES DEL RECURSO DE CASACION.

La casación no es propiamente un medio impugnatorio, sino un remedio excepcional de tutela, de modo que no tiene por finalidad que se continúe revisando una sentencia judicial firme, sino verificar si esta se encuentra inmersa en las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal de modo que no podría ser utilizada para replantear una controversia resuelta por los órganos de instancia; entonces, se concluye que la verdadera significación del agravante se traduce en su disconformidad con la eficacia y el valor probatorio otorgado a los medios de prueba, lo que es impropio al recurso de casación, que no puede provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que sustentaron la sentencia, quedando apartado todo lo que se refiera a la valoración de los elementos de prueba y a la determinación de los hechos.[18]

En ese sentido, no se puede realizar una revaloración de la prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal; por lo tanto, resulta inadmisible la casación cuando se discute la eficiencia probatoria de los elementos de convicción o se presenta disentimiento con la valoración de la prueba efectuada con la valoración de la prueba efectuada.[19]

4.3. FUNCIONES

En torno a las funciones que cumple la casación en el sistema de

[17] EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO; CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Edit. Palestra REIMPRESION abril 2016; Pág. 616

[18] MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL; PALACIOS DEXTRE, Darío; JURISTA EDITORES; primera edición mayo 2009; pág. 688

[19] JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL; ROBLES BRICEÑO, Mery/ AVALOS RODRIGUEZ, Constante; Edit. El Búho; primera edición enero 2012; Pág. 471-472

medios impugnatorios, en la doctrina han surgido diversas posiciones.

La posición clásica, señala que la casación cumple una función nomofiláctica, pues importa la protección o salvaguarda del ordenamiento jurídico en un sentido formal, es decir, "solo bastaba la ley"; por otro lado, la segunda posición también señala que la casación tenía una función de uniformidad de la jurisprudencia, procurando la unidad del derecho penal a nivel interpretativo; finalmente, se dice que la casación cumple la función de tutelar el interés de las partes, como medio de impugnación de aquellas resoluciones que estimen perjudiciales, a fin de que sean anuladas.

Aunado a ello, se tiene que la casación tiene una función parciaria y de cumplimiento de las garantías constitucionales en el procedimiento y enjuiciamiento penal bajo la vigencia del Ius Constitutionae. Concluimos precisando que la casación tiene una finalidad de uniformidad de la jurisprudencia, brindando seguridad jurídica y manteniendo vigente el principio de igualdad en la aplicación de la ley y garantizando la legalidad; sin embargo, la primera es la función primordial de la casación, pues para que se cumpla la segunda no es necesario la preexistencia de un Tribunal de casación, es decir, otros recursos ordinarios pueden salvaguardar el respeto al principio de legalidad no siendo indispensable que se le asigne esa competencia exclusivamente a este tribunal.[20]

4.4. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

Procede este recurso en los casos siguientes:

- Contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o

[20] MANUAL DEL NUEVO PROCESO PENAL y LITIGACION ORAL; NEYRA FLORES, José Antonio; Edit. Moreno S.A. julio 2010; Pág. 404 -405.

suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

- La procedencia del recurso de casación, en los supuestos mencionados líneas arriba, está supedita a ciertas limitaciones:

  - Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, empero el delito imputado más grave tenga en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de seis años.

  - Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación, tenga en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.

  - Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación.

- También cuando la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.

- Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos no mencionados, siempre y cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.[21]

4.5. CAUSALES PARA INTERPONER EL RECURSO DE CASACIÓN.

Las causales son establecidas en el art. 429° del novísimo C.P.P. de 2004 del modo siguiente:

Son causales para interponer recurso de casación:

[21] 1416TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL; ROSAS YATACO, Jorge, Edit. Pacifico Editores S.A.C. primera edición, enero 2013

a) Cuando la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

b) Si la sentencia o auto incurre y deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

c) Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.

d) Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta de motivación o presenta una ilogicidad en la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.

e) Si la sentencia o auto se aísla de la doctrina jurisprudencial establecida por la máxima instancia judicial, esto es, la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Como quiera que la casación es un recurso extraordinario, no es suficiente que el recurrente haya sufrido un gravamen o perjuicio en la resolución recurrida, sino que es necesario que su impugnación esté fundamentada en alguna de las causales previstas por la ley. Dos son las clases o modalidades de recurso de casación que permite la ley.

Se trata del recurso de casación formal, o por quebrantamiento de forma, y del recurso de casación de fondo, o por infracción de la ley material. Por el primero se denuncian los vicios in procedendo, en cambio por el segundo se denuncian los" vicios in iudicando (SAN MARTÍN CASTRO, Derecho procesal penal, Vol. Ii, pp. 995-996).

En la CASACIÓN N° 09-2007 Huaura, la Corte Suprema ha dicho que "…el principio de Inmediación supone que el Juez se encuentre en contacto directo con las partes, con las pruebas, frente a una declaración, este tiene que estar en presencia con el testigo y no solo la declaración no podría ser valorada; en tanto que el Colegiado de segunda instancia al rechazar la prueba ofrecida por el actor civil, en cuanto al examen de la agraviada K.N.A.R vulneró no sólo el derecho a la prueba de la parte afectada sino principalmente el principio de inmediación, pues fundamentó la sentencia con información que no fue susceptible de ser contraexaminada…"; es decir la Corte Suprema sustenta su veredicto por una cuestión de violación a las normas procesales.

4.6. TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

El trámite correspondiente al recurso de casación se inicia con la interposición del recurso, el que debe ajustarse a las características descritas en el artículo 430° del Estatuto Procesal Penal: indicación separada de las causales de nulidad invocada, cita precisa de los preceptos legales cuya errónea aplicación o inobservancia se invoca, fundamentación doctrinal o legal que sustente la pretensión y la precisión de la aplicación que se quiere es necesario, en el caso de que se recurra al recurso con el objetivo esencial de que la Sala Penal de la Corte Suprema desarrolle doctrina jurisprudencial, que el recurso contenga la expresión de los motivos que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial pretendida, referido a los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, es realizado por la Sala Penal Superior cuya resolución es cuestionada.

Si se comprueba la concurrencia de dichos requisitos, la Sala Penal Superior deberá conceder el recurso y notificar a las partes procesales y emplazarles a que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y si la causa se tramita en un distrito judicial

distinto a Lima a que señalen un nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente a la notificación del concesorio.

Superado el primer filtro, se procede a elevar los autos a la Sala Penal de la Corte Suprema, acto seguido, se corre traslado del recurso a las partes por el término de diez días, en tanto hayan cumplido, en caso de personas domiciliadas fuera del distrito judicial de Lima, cumplirán con señalar domicilio procesal dentro del mismo; en caso contrario, se le tendrá por notificado en la fecha de expedición de las resoluciones que emita la Sala Penal Suprema.

Vencido el término antes indicado, corresponderá a la Sala Penal de la Corte Suprema realizar una reevaluación de la admisibilidad del recurso de casación, de conformidad a los pasos expresamente señalados en el artículo 428° del Código Procesal Penal.[22]

5. RECUSO DE QUEJA

5.1. CONCEPTO

Este es un recurso sui géneris, pues su finalidad se centra en resolver situaciones no sujetas a impugnación o cuando esta hubiera sido desestimada. De modo que se busca corregir las decisiones jurisdiccionales originadas por error, negligencia o parcialidad.

La norma procesal establece que el recurso de queja de derecho procede contra la resolución del juez que deniega el recurso de apelación y en misma forma, contra la resolución que emite la Sala Penal Superior declarando inadmisible el recurso de casación. Este recurso se diferencia de los otros, porque no busca directamente la revocación de la resolución impugnada, sino que apunta a obtener la admisibilidad de un recurso precedente que ha sido denegado, pues per se el recurso de queja no resulta idóneo para introducir variantes

[22] EL PROCESO PENAL APLICADO; REYNA ALFARO, Luis Miguel; Edit. Grijley segunda edición 2011; Pag.429

en lo que constituye la decisión ya existente; se direcciona hacia el superior para que pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad del inferior se ha ajustado o no a derecho.[23]

Lo que busca la queja, es que el superior revise si la inadmisión del recurso, está legalmente dictada. Lo que se busca, es impedir que un recurso devolutivo (apelación o casación) quede injustificado y definitivamente frustrado por error del órgano judicial ante el cual se ha intentado preparar.[24]

A través de este recurso se busca que el juez superior pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad decidida por el inferior es conforme a derecho. El profesor NEYRA FLORES en su obra Manual del Nuevo Proceso Penal, señala que le recurso de queja, es uno de carácter residual pues está íntimamente relacionado con la admisión o no de un recurso devolutivo, pudiendo ser apelación o casación.

Así el recurrente para poder ejercitar l queja, tiene primero que haber interpuesto un medio impugnativo y éste tiene que habérsele denegado. Se trata de una vía indirecta para lograr que se conceda la impugnación deducida pero que fue negada; se presenta ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso sustentando jurídicamente el pedido, invocando el dispositivo legal vulnerado y acompañando la documentación necesaria (resolución recurrida) y que su interposición no suspenda la tramitación del proceso principal ni la eficacia de la resolución cuestionada (Art. 437°).

Se le llama queja de derecho y de acuerdo con la ley procede ante dos supuestos: a) cuando el juez declara inadmisible un recurso de apelación; y b) cuando la Sala Superior declara inadmisible un recurso de casación. Ahora bien, la norma procesal establece como

[23] EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO; CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Edit. Palestra REIMPRESION abril 2016, Pág. 634.
[24] CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO; CACERES, Roberto /IPARRAGUIRE, Ronald; Edit. Jurista E.I.R.L; 2012, pág. 491.

regla general que, el recurso de queja ante la denegatoria del recurso de casación debe ser presentado ante la Sala Penal de la Corte Suprema, la excepción es que puede presentarse ante la misma Sala Penal de Apelaciones que denegó el recurso, cuando suceda que la Corte esté ubicada al interior del país.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que cuando se inadmite el recurso de queja en la Sala Penal de Apelaciones, el proceso debe continuar el trámite que corresponda, sin que se suspenda salvo, claro está, que la instancia Suprema lo declare fundado.[25]

5.2. PROCEDENCIA Y EFECTOS

El recurso de queja de derecho procede contra la resolución que declara inadmisible el recurso de apelación o casación.

Debemos manifestar que la queja de derecho posee una mayor aplicación en el caso del recurso de apelación, en razón de que este último no supone mayores exigencias para su procedencia, a diferencia de lo que acontece en el recurso de casación que es más limitativo en su radio aplicativo. La resolución que desestima el recurso de apelación es expedida por los Jueces Penales Colegiados, por los Jueces Penales Unipersonales o por, los Jueces de la Investigación Preparatoria, en el correspondiente ámbito de su competencia jurisdiccional; quiere decir entonces, por exclusión, que la queja de derecho no procede cuando es la Sala Penal Suprema la que desestima el recurso de casación.

Por otro lado, la presentación del medio impugnatorio no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria, así mismo debemos precisar que este recurso se tramita vía cuaderno incidental, por lo que se deberá sacar copias de lo actuado, para elevarlas inmediatamente al órgano jurisdiccional superior

[25] EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL EN LA JURISPRUDENCIA; VILLAVICENCIO RIOS, Frezia /REYES ALVARADO, Víctor; Edit. El Búho E.R.I.L.; primera edición, julio 2008; Pág. 348

competente.

Por lo tanto, la tramitación del recurso de impugnación no suspende la tramitación del principal, y se concede sin efectos suspensivos, es decir, no incide sobre la eficacia jurídica de la resolución recurrida.[26]

5.3. EL TRÁMITE DEL RECURSO DE QUEJA

En el recurso de queja se precisará:

- Motivo de su interposición.
- Invocación de norma jurídica vulnerada.
- Se acompañará el escrito que motivó la resolución recurrida, esto es el recurso de apelación o los escritos referentes a su tramitación.
- La resolución recurrida; el escrito en que se recurre; y, la resolución denegatoria (art. 438.1 del NCPP).

Una vez que el órgano competente tiene el recurso, este podrá adoptar sin trámite alguno su admisión y si resulta así, declararlo fundado.

Por el contrario, el artículo 438° inciso 3 establece que si faltase algún elemento documental el órgano superior puede solicitar al inferior copia de actuación procesal; la solicitud en aras de la celeridad, puede cursar vía fax u otro medio, no se descarta la vía electrónica.

El órgano superior conforme al artículo 438° inciso 4 del NCPP, si declara fundada la queja, se concede el recurso denegado y se ordena al juez de la causa que envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las partes. Por otro lado, si el superior declara infundada la queja, se comunica la decisión al

[26] DERECHO PROCESAL PENAL TOMO II, PEÑA CABRERA FREYRE, ALFONSO RAUL, Edit. Rodhas; segunda edición; enero 2014; Pág. 680-681.

Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

Frente a esta situación, cabe hacerse una pregunta, ¿cuáles serían los motivos para denegar el recurso impugnatorio?, pueden ser por ausencia de legitimidad activa para interponerlo; si el agraviado no se constituyó en actor civil; si la norma expresamente no ha previsto este tipo de recursos o el plazo legal para interponerlo ha vencido.

5.4. EL RECURSO DE QUEJA DE DERECHO Y OTROS "RECURSOS DE QUEJA"

A continuación se desarrollarán unas diferencias del recurso de queja de derecho con otros llamados "recursos de queja", en atención a que al tener el mismo nombre se genera una confusión en cuanto a su contenido y aplicabilidad. Es por ello que lo diferenciaremos primero del recurso de queja que se da en sede de la investigación preliminar que se encuentra a cargo del Ministerio Público, así también de la llamada queja funcional que corresponde al órgano de control de la magistratura.

1. Recurso de queja fiscal

Este llamado recurso de queja fiscal encuentra reconocimiento en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Ministerio Público que señala: "La denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el fiscal provincial o ante el fiscal superior. Si este lo estimase procedente instruirá al fiscal provincial para que la formalice la investigación ante el juez de la Investigación Preparatoria. Si el fiscal ante el que se presente, no la estimase procedente, se pondrá en conocimiento por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el fiscal inmediato superior, en el plazo de tres días de computados desde la notificación con la resolución denegatoria. Consentida la resolución del fiscal provincial o con la decisión del superior, concluye el procedimiento".

Debemos de hacer referencia que la investigación que hace el fiscal es parte de un procedimiento de investigación y así como todo procedimiento cabe recursos frente a las decisiones que pongan fin a este, toda vez que en todo ámbito del ordenamiento jurídico deben de haber controles a las actividades de los funcionarios estatales, a fin de proteger los derechos de los ciudadanos.

Este recurso de queja fiscal, desde un punto de vista de comparación, se podría decir que es similar al recurso de apelación, toda vez que el fiscal superior al momento de revisar el archivamiento del caso que hace el fiscal provincial analice tanto los aspectos de forma como la cuestión de fondo (la acción penal no ha prescrito, se ha individualizado al imputado y si hay indicios de la comisión del delito), de ahí que al tener una extensión grande y no ser limitada en cuanto a su admisibilidad, se parece a un recurso ordinario, siendo así, como hemos señalado, similar al recurso de apelación.

Entonces podemos diferenciar la queja fiscal con la queja de derecho, por lo siguiente, la primera se da a nivel de la investigación preliminar del delito y no dentro del proceso penal, es decir, cuando aun se encuentra extrínsecamente del fuero jurisdiccional, siendo el órgano competente, el fiscal superior y no un juez; en tanto que la segunda constituye un pronunciamiento sobre el fondo y no sobre la forma.

ROSAS YATACO, señala que el recurso de queja es un mecanismo de impugnación ordinario con efecto devolutivo que se dirige contra la resolución de la instancia jurisdiccional inferior que deniega un recurso impugnativo cuya peculiaridad es que el órgano decisorio es el tribunal A QUEM quien decide finalmente si procede o no la admisión del recurso impugnativo.

2. Queja funcional

La queja funcional o queja de hecho, no es más un recurso impugnatorio, pues este se insta dentro de un proceso penal contra una resolución que causa un gravamen, empero la queja de hecho se trata de una acción que se presenta ante el órgano de control, es decir, representa la vía judicial para conocer las irregularidades, aquella inconducta funcional de magistrados y auxiliares jurisdiccionales; en otras palabras, es un mecanismo para denunciar la inconducta funcional del magistrado.

Esta inconducta funcional se encuentra establecida en el artículo 201° de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala lo siguiente: existe responsabilidad disciplinaria en los siguientes casos: por infracción a los deberes y prohibiciones establecidas en esta Ley; cuando se atente públicamente contra la respetabilidad del Poder Judicial o se instigue o aliente reacciones públicas contra este; por injuriar a los superiores jerárquicos, sea de palabra, por escrito o por medios de comunicación social; cuando se abusa de las facultades que la ley señala respecto a sus subalternos o las personas que intervienen de cualquier manera en un proceso; por no guardar consideración y respeto a los abogados; por notoria conducta irregular, vicios y costumbres que menoscaban el decoro y respetabilidad del cargo; entre otras causales que establece taxativamente el citado artículo, en cambio, el recurso de queja solo versa sobre la inadmisibilidad de un recurso.

Como vemos, estamos ante una acción que apertura un procedimiento que va determinar la responsabilidad de un magistrado y no ante un recurso. El problema se da al momento de determinar el nombre, pues ambos tienen el rótulo de "queja". Sin embargo, son totalmente distintos desde que uno es un recurso y el otro no.

Es por eso que señala SAN MARTIN CASTRO que se agrega el vocablo "derecho", no es sino un intento de diferenciar esta queja, en cuanto recurso devolutivo, con la queja de hecho, que es una denuncia de carácter disciplinaria que se formula contra los magistrados que no cumplen sus funciones y que, en el desempeño de un procedimiento concreto, han afectado ilegal o indebidamente los derechos de las partes.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

De todo lo analizado precedentemente mencionamos que cada recurso tiene sus propias características, plazos y efectos de ser admitidas. El recurso de reposición está dirigido contra los decretos y resoluciones durante el juzgamiento siempre que no sea una resolución final, se puede decir sobre este recurso ayuda a la economía procesal ya que existen supuestos en los que el recurso (doble instancia) resulta estrictamente innecesario y sería una pérdida de tiempo y dinero tanto para el sistema judicial como para las partes del proceso. Este recurso se presenta dentro de los dos días siguientes a la notificación de la resolución.

El auto que admite este recurso es impugnable. El trámite que se observará será el siguiente: Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es notorio o que resulta manifiestamente inadmisible, lo declarará así sin más trámite.

a) Tratándose de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación fiscal, tenga previsto en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.

b) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.

c) Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea por encima a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o también cuando el objeto de la restitución no pueda ser económicamente valorado Excepcionalmente, resultará procedente el recurso de casación en casos distintos a los antes mencionados, siempre y cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Por otro lado, el recurso de queja busca el control de admisibilidad del recurso; procede contra la resolución que declara inadmisible el recurso de apelación; y también lo hace contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación. Finalmente debemos precisar que el recurso de queja de derecho se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso.

II. TOMA DE POSTURA:

Los “Medios Impugnatorios en el Nuevo Código Procesal Penal”, son instrumentos que la ley concede a las **partes o a terceros legitimados** para que soliciten al juez que, el mismo u otro de jerarquía superior, realicen un nuevo examen de un acto procesal o de todo el proceso, a fin de que se anule o revoque, total o parcialmente.

Sobre el tema, en la teoría no existe mayor discusión por parte de los operadores del derecho, la doctrina o la jurisprudencia nacional; sin embargo, si preguntamos a los Abogados litigantes o ciudadanos partes de un proceso penal, veremos que la realidad es otra.

Por ejemplo, si un ciudadano se somete a la terminación anticipada de un delito de secuestro y tentativa de homicidio, sin que el defensor de oficio haya analizado dentro de un plazo razonable la imputación necesaria de dichos delitos, el juez aprobará dicha terminación con la autorización de los sujetos procesales, ministerio público y defensa pública; pero como los detenidos no impugnaron dicha terminación

anticipada, se cierra toda posibilidad de debatir la imputación necesaria y la actividad probatoria que acredite la materialidad del delito y la vinculación con los supuestos autores del mismo; en otras palabras, si la defensa pública omite ejercer la defensa técnica de manera eficaz, el único perjudicado será el ciudadano mas no los operadores del derecho.

Lo mismo sucede por ejemplo cuando los abogados, ya sean defensa pública o privada, no impugnan las resoluciones que causan estado dentro del plazo que establece la ley, es decir podríamos encontrarnos en la situación de impugnar una sentencia condenatoria o plantear un recurso de casación de modo que el superior en grado pueda analizar el agravio; sin embargo dicha posibilidad se recorta dicha posibilidad a la nueva defensa que asume el caso, por la negligencia de las defensas que les antecedieron y el único perjudicado sigue siendo el ciudadano.

Entonces siendo cierto esta problemática actual, debemos invocar al Ministerio Público y Poder Judicial que garantice el ejercicio de una defensa eficaz y eficiente en beneficio del ciudadano a quien se le somete a persecución pública por un hecho punible. Toda vez que no es suficiente la sola presencia de la defensa técnica como un aspecto formal de procedimiento, sino que éste debe realizar una defensa eficaz entendida esta por la jurisprudencia como la actividad de ejercer los recursos correspondientes, aportar la prueba pertinente, manejar la teoría y/o estrategia del caso, realizar las observaciones, constancias que amerite cada acto de investigación a efectos de garantizar el debido proceso e igualdad de armas.

Asimismo se debe invocar a los jueces que ante la presencia de una defensa formal y no eficaz, se debe poner en conocimiento de dicha negligencia al ciudadano que se encuentra en indefensión, para que este dentro de un plazo razonable pueda designar otro abogado de su libre elección o si no pudiera hacerlo, que le asigne una defensa pública y que este realice una defensa eficaz.

Si bien es cierto, un remedio procesal es el recurso de nulidad que establece el artículo 150° del Nuevo Código Procesal Penal, en los casos donde se vulnera las garantías previstas por la Constitución, entre ellas el debido proceso y el derecho de defensa, sin embargo en la práctica los jueces y fiscales siguen manteniendo un pensamiento inquisitivo y por tanto rechazan dichas pretensiones alegando que dicho agravio no se planteó en el momento oportuno, sin embargo, se olvidan que la norma procesal penal, se interpreta de manera restrictiva cuando se coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas. Ello quiere decir, que no se debe optar por la secuencia procesal de las audiencias, etapas procesales o actividades procesales de la fiscalía, sino que antes deben garantizarse una igualdad de armas, para respetar la garantía del debido proceso.

Por último, debemos recalcar que la esencia de la teoría de los medios impugnatorios en el nuevo Código Procesal Penal trata de guardar relación con los fines objetivos y naturaleza del nuevo sistema procesal penal adoptado por nuestro código adjetivo, en donde prima la dignidad de la persona, y el respeto de los derechos fundamentales entre ellos, las garantías constitucionales, como el derecho a la pluralidad de instancias, con el cual las partes legitimadas en un proceso pueden acudir ante el órgano superior para que se revise el agravio; pero dicha teoría sino se aplica en la práctica, tanto por los abogados negligentes y representantes del Ministerio Público y Jueces de administración de justicia, será tan solo una filosofía al que todos añoramos pero que nadie apueste por el cambio de un pensamiento inquisitivo a un pensamiento acorde al nuevo sistema acusatorio contradictorio y garantista al cual nuestro Código Procesal Penal tiene como fuente.

III. CONCLUSIONES

Los recursos deben sostenerse acorde a los principios del debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Con el recurso de reposición se evita que se lleven a cabo apelaciones innecesarias.

El recurso de apelación es ordinario, devolutivo y resulta ser favorable al derecho de toda persona y se rige por criterios como la competencia, admisibilidad y procedibilidad de este.

La apelación constituye uno de los medios impugnatorios de mayor incidencia en el sistema procesal, en virtud del cual el órgano jurisdiccional superior puede conocer y resolver cuestiones fácticas y jurídicas ya decididas por el juez inferior.

El recurso de queja busca alcanzar la admisibilidad de una impugnación denegada por la instancia anterior, es decir se orienta a alcanzar que un recurso que no ha sido concebido injustamente.

IV. RECOMENDACIONES

El planteamiento de un medio impugnatorio debe contener la fundamentación del agravio y se debe precisar la naturaleza del agravio, pese a que por inobservancia del Juez termina concediéndose por conceder, sin embargo es menester señalar que al indicar el agravio se está diciendo a donde apuntamos con la impugnación Respecto al recurso de apelación y sus plazos, a parecer de esta parte, se debería de dar un periodo más amplio.

Así mismo en el recurso de casación, también se debe otorgar un plazo más amplio por ser que tiene una formalidad exigente para su procedencia, puesto que estamos frente a un recurso extraordinario cuyo planteamiento requiere de la precisión de la causal por la que se decide interponer dicho recurso excepcional.

El recurso de revisión debe ser más estudiado y apreciado ya que este recurso evita que se den a futuro recursos de apelación innecesarias.

El recurso de queja al igual que el recurso de reposición es un recurso necesario y poco estudiado pero importante porque es el último recurso que se tiene para hacer valer un derecho respectivo.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. LA REFOMA DEL PROCESO DERECHO PENAL PERUANO; DOIG DÍAZ, Yolanda; Edit. PUCP; Primera edición, 2004
2. EL NUEVO PROCESO PENAL; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, Edit. Moreno S.A.; Primera edición 2009.
3. CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO; CACERES, Roberto /IPARRAGUIRE, Ronald; Edit. Jurista E.I.R.L; 2012.
4. MANUAL DEL NUEVO PROCESO PENAL y LITIGACION ORAL; NEYRA FLORES, José Antonio; Edit. Moreno S.A. julio 2010.
5. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas/ RABANAL PALACIOS, William / CASTRO TRIGOSO, Hamilton; Edit. Juristas editores; julio 2013.
6. TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL; ROSAS YATACO, Jorge, Edit. Pacifico Editores S.A.C. primera edición, enero 2013
7. EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO; CUBAS VILLANUEVA, Víctor; Edit. Palestra REIMPRESION abril 2016
8. MEDIOS IMPUGNATORIOS; PEÑA CABRERA, A/ CERNA SALAZAR, D Y OTROS; EDIT. El búho; primera edición julio 2011.
9. EL PROCESO PENAL APLICADO; REYNA ALFARO, Luis Miguel; Edit. Grijley segunda edición 2011.

10. ESTUDIOS SOBRE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS EN EL PROCESO PENAL; JERI CISNEROS, Julian Genaro; Edit. El búho; primera edición setiembre 2012.

11. EL NUEVO PROCESO PENAL PEUANO 2; PEÑA CBRERA FREYRE, Alfonso, Edit. El búho E.I.R.L. ENERO 2009.

12. CODIGO PROCESAL PENAL COMENTADO; SANCHEZ VELARDE, Pablo; Edit. Moreno S.A.; diciembre 2013.

13. NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO VOLUMEN 2; SANCHEZ CORDOVA Juan Humberto; Edit. Ediciones legales; primera edición 2014.

14. DERECHO PROCESAL; SAN MARTIN CASTRO; Cesar; Edit. Grijley, abril 2014.

15. DERECHO PROCESAL PENAL; ARBULU MARTINEZ; Víctor Jimmy; Edit. El búho; primera edición mayo 2015.

16. JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL; ROBLES BRICEÑO, Mery/ AVALOS RODRIGUEZ, Constante; Edit. El Búho; primera edición enero 2012.

17. MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL; PALACIOS DEXTRE, Darío; JURISTA EDITORES; primera edición mayo 2009

18. DERECHO PROCESAL PENAL TOMO II, PEÑA CABRERA FREYRE, ALFONSO RAUL, Edit. Rodhas; segunda edición; enero 2014.

19. EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL EN LA JURISPRUDENCIA; VILLAVICENCIO RIOS, Frezia /REYES ALVARADO, Víctor; Edit. El Búho E.R.I.L.; primera edición, julio 2008.

VI. ANEXOS

manual 3

MEDIOS IMPUGNATORIOS

Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004

Alonso R. Peña Cabrera Freyre
Daniel Ernesto Cerna Salazar
Juan Humberto Sánchez Córdova
Hesbert Benavente Chorres
Víctor Yaipen Zapata
Jorge Alberto Egoavil Abad

GACETA JURIDICA

GACETA PENAL
& procesal penal

MEDIOS IMPUGNATORIOS.
Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004

PRIMERA EDICIÓN
JUNIO 2011
4,320 Ejemplares

© Gaceta Jurídica S.A.
© Alonso R. Peña Cabrera Freyre
© Daniel Ernesto Cerna Salazar
© Juan Humberto Sánchez Córdova
© Hesbert Benavente Chorres
© Victor Yalpen Zapata
© Jorge Alberto Egoavil Abad

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2011-07726

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN: 978-612-4061-65-9

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221101458

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
José Rivera Ramos

GACETA JURÍDICA S.A.
ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

COORDINADOR
GUSTAVO URQUIZO VIDELA

Presentación

Los medios impugnatorios tienen una gran importancia en el proceso penal porque permiten atacar una resolución judicial y, entre otras cosas, discutir la declaración de responsabilidad o inocencia de un procesado.

El Código Procesal Penal de 2004 ha significado una verdadera transformación de los medios impugnatorios y del modo en el que estos se habían venido aplicando hasta ahora. No solo porque regula los criterios generales que han de regir la impugnación, sino también porque ha logrado acomodarla con mejor suerte al principio acusatorio, como –por ejemplo–, en el caso de la apelación en el que, a diferencia del modelo anterior, es ahora posible una adecuada contradicción.

Asimismo, es este un buen momento para destacar la importancia de la casación, hasta hace poco ajena al ámbito procesal penal, en la tarea de la unificación de la jurisprudencia y, con ello, en la consolidación de la seguridad jurídica. Pues, pese a que, de un tiempo a esta parte, la jurisprudencia ha venido esforzándose seriamente en ese objetivo a través de la emisión de acuerdos plenarios (ahora, incluso, con una metodología que involucra a todos los sectores de la sociedad), no cabe duda de que la casación ofrece una estupenda oportunidad para que la Corte Suprema asuma un rol protagónico en la defensa de la interpretación correcta del Derecho y en el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Y parece que hasta ahora esto es así, porque no obstante sus pocos años, la casación penal ha generado ya un fructífero debate en la doctrina nacional, así como varios pronunciamientos en los que la

Señala Vásquez Rossi[17] que este efecto se trata de una excepción a la regla de la personalidad de los recursos, por lo cual debe ser expresa y taxativa. En el campo penal se establece el beneficio del imputado en función de la no disponibilidad del contenido sustancial del proceso.

El último efecto que se deriva de los recursos, es el diferido, que se da cuando interpuesto un recurso este es concedido, sin embargo, se remite al superior jerárquico cuando termina el procedimiento principal. Así, interpuesto un recurso de apelación contra la sentencia que condena en virtud de una conclusión anticipada de juicio, esta puede ser remitida al superior cuando se termine el juicio oral sobre los demás procesados no acogidos a esta conclusión anticipada.

Tenemos que el recurso de queja implica dos efectos: el devolutivo y el suspensivo. El efecto devolutivo como se ha hecho referencia implica la necesidad que el recurso sea conocido por la instancia superior, pues no puede quedar al arbitrio del juez recurrido.

Es de verse, además, que este recurso no tiene efecto suspensivo, es decir, su interposición no genera que se suspenda los efectos de la inadmisibilidad del recurso de apelación.

Asimismo, podemos ver que no posee efecto extensivo en cuanto el recurso de queja no contiene un pronunciamiento de fondo, además que por su interposición es imposible que se dé un efecto diferido, más aún cuando no genera efectos suspensivos.

III. EL RECURSO DE QUEJA DE DERECHO Y OTROS "RECURSOS DE QUEJA"

A continuación se desarrollarán unas diferencias del recurso de queja de derecho con otros llamados "recursos de queja", en atención a que al tener el mismo nombre se genera una confusión en cuanto a su aplicabilidad.

Es por ello que lo diferenciaremos primero del recurso de queja que se da en sede de la investigación preliminar que se encuentra a cargo del Ministerio Público, así también de la llamada queja funcional que está a cargo del órgano de control de la magistratura.

[17] Idem.

1. Recurso de queja fiscal

Este llamado recurso de queja fiscal encuentra reconocimiento en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que señala: "La denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el fiscal provincial o ante el fiscal superior. Si este lo estimase procedente instruirá al fiscal provincial para que la formalice ante el juez instructor competente. Si el fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la resolución denegatoria. Consentida la resolución del fiscal provincial o con la decisión del superior, en su caso, termina el procedimiento".

Debemos de hacer referencia que la investigación que hace el fiscal es parte de un procedimiento de investigación y así como todo procedimiento cabe recursos frente a las decisiones que pongan fin a este, toda vez que en todo ámbito del ordenamiento jurídico deben de haber controles a las actividades de los funcionarios estatales, a fin de proteger los derechos de los ciudadanos.

Como vimos líneas arriba, existen varios recursos en sede penal: reposición, apelación, casación y queja. Este recurso de queja fiscal es similar al recurso de apelación, toda vez que el fiscal superior al momento de revisar el archivamiento que hace del caso el fiscal provincial analiza tanto las formas procesales como la cuestión de fondo (si hay indicios de la comisión del delito), de ahí que al tener una extensión grande y no ser limitada en cuanto a su admisibilidad se parece a un recurso ordinario, siendo así, como hemos señalado, similar al recurso de apelación.

Entonces podemos diferenciar la queja fiscal con la queja de derecho en que la primera se da a nivel de la investigación preliminar del delito y no dentro del proceso penal, el órgano competente para conocerlo es el fiscal superior y no un juez; en tanto que la segunda constituye un pronunciamiento sobre el fondo y no sobre la forma.

2. Queja funcional

La queja funcional o queja de hecho no es un recurso, así tenemos que no se insta dentro de un proceso penal contra una resolución que causa un gravamen.

Lo cierto es que esta queja de hecho es una acción que se presenta ante el órgano de control, es decir, representa la vía judicial para conocer los indicios de irregularidades de conducta funcional de magistrados y auxiliares jurisdiccionales, en otras palabras, es un procedimiento para denunciar la inconducta funcional del magistrado.

Esta inconducta funcional se encuentra determinada en el artículo 201 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala que existe responsabilidad disciplinaria en los siguientes casos: 1) por infracción a los deberes y prohibiciones establecidas en esta Ley; 2) cuando se atente públicamente contra la respetabilidad del Poder Judicial o se instigue o aliente reacciones públicas contra este; 3) por injuriar a los superiores jerárquicos, sea de palabra, por escrito o por medios de comunicación social; 4) cuando se abusa de las facultades que la ley señala respecto a sus subalternos o las personas que intervienen de cualquier manera en un proceso; 5) por no guardar consideración y respeto a los abogados; 6) por notoria conducta irregular, vicios y costumbres que menoscaban el decoro y respetabilidad del cargo; 7) cuando valiéndose de la autoridad de su cargo, ejerce influencia ante otros miembros del Poder Judicial, para la tramitación o resolución de algún asunto judicial; 8) por inobservancia del horario de despacho y de los plazos legales para proveer escritos o expedir resoluciones o por no emitir los informes solicitados dentro de los plazos fijados; 9) por no ejercitar control permanente sobre sus auxiliares y subalternos, y por no imponer las sanciones pertinentes cuando el caso lo justifique; y, 10) en los demás que señalen las leyes. La queja solo versa sobre la inadmisibilidad de un recurso.

Como vemos, estamos ante una acción que apertura un procedimiento para determinar la responsabilidad de un magistrado y no ante un recurso. El problema se da al momento de determinar el nombre, pues ambos tienen el rótulo de "queja".

Sin embargo, son totalmente distintos desde que uno es un recurso y el otro no. Es por eso que señala San Martín que se agrega el vocablo "derecho", no es sino un intento de diferenciar esta queja, en cuanto recurso devolutivo, con la queja de hecho, que es una denuncia de carácter disciplinaria que se formula contra los magistrados que no cumplen sus funciones y que, en el desempeño de un procedimiento concreto, han afectado ilegal o indebidamente los derechos de las partes[18].

[18] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Grijley, Lima, 2005, p. 1055.

IV. EL RECURSO DE QUEJA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

1. Los recursos en el Código de Procedimientos Penales

Lamentablemente el sistema de recursos del Código de Procedimientos Penales de 1940 no tiene una regulación coherente y sistemática. Así podemos ver que esto no es solo propio de la regulación de los recursos sino de todo el ordenamiento, comenzando por la regulación de los procedimientos.

Así, en este código se tienen dos procesos importantes: el proceso ordinario y el proceso sumario. El primero tramita el enjuiciamiento de los delitos más graves y tiene una estructura que se divide en tres partes: instrucción, etapa intermedia y juicio oral. La sentencia se emite luego del juicio oral y el recurso previsto para este fallo es el recurso de nulidad que si bien debe ser un recurso extraordinario, en esta regulación consiste en un recurso ordinario, pues conoce en amplitud el fallo emitido. El recurso de nulidad es conocido por la Corte Suprema. Los autos que se emiten a lo largo de la instrucción son apelables.

El proceso sumario se divide en dos partes: la instrucción y la sentencia. El recurso previsto para el fallo que se emite en este proceso es la apelación, que como se sabe es el recurso ordinario por excelencia. La apelación está prevista en el Decreto Legislativo 124 que regula el proceso sumario, sin embargo, a falta de una norma que desarrolle algún aspecto de este procedimiento recursal se debe de ir en vía de interpretación a las normas del recurso de nulidad.

Ahora, el recurso de queja en el C de PP también tiene una regulación confusa, pues de un lado tenemos la regulación de la queja ordinaria y del otro la excepcional.

2. Queja ordinaria

La queja ordinaria es la que hemos estado estudiando, es decir, aquella pre vista para conocer la inadmisibilidad de otro recurso, sea de apelación o nu lidad.

INSTITUTO PACÍFICO

JORGE ROSAS YATACO

TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL

ANÁLISIS Y DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

La prueba penal
Las salidas alternativas
Los procesos especiales
La litigación oral
La impugnación

Volumen II

INSTITUTO
PACÍFICO

TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL
Volumen II

Primera edición: Enero 2013

Copyright 2013
© Instituto Pacífico S. A. C.
© Jorge Rosas Yataco

Diseño, diagramación y montaje:
Georgino Condori Choque
Ricardo de la Peña Malpartida
Pedro Miranda de la Cruz
Luis Ruiz Martínez
Billy Solano Anchante
Luis Miguel Vergara y Díaz

Edición a cargo de :
Instituto Pacífico S. A. C. 2013
Para su sello editorial Pacífico Editores S. A. C.
Jr. Castrovirreyna 224. Breña
Central: 332-5766 / E-mail: preprensa@iaempresarial.com

Tiraje: 2000 ejemplares
Este libro consta de 2 volúmenes
Registro de Proyecto Editorial: 11501051200795

ISBN: 978-612-4118-36-4

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°: 2012-13133

Impresión a cargo de:
Pacífico Editores S. A. C.
Jr. Castrovirreyna 224. Breña
Central: 330-3642

Distribución y ventas:
Central: 332-5766 / E-mail: distribuidores@iaempresarial.com

Derechos reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de este obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S. A. C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

A mis maestros de las universidades San Luis Gonzaga de Ica, Mayor de San Marcos y Nacional de Piura, por sus enseñanzas y ejemplos de honestidad y humildad.

A los jueces, fiscales, policías, abogados y todo aquel que viene impulsando la reforma del proceso penal en nuestro país.

A mis padres, Hilario y Angélica, por su apoyo incondicional.

A mi esposa, Elida, y a mis hijos Fernanda, Jorge y Anthony por la paciencia y comprensión en las horas dejadas de disfruta con ellos, ya que son mi soporte y la razón de mi vida.

PARTE

VIII

LA IMPUGNACIÓN

Capítulo XXXI. Los medios impugantorios en el nuevo Código Procesal Penal

Capítulo XXXI

LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Sumario. I. Preliminar. II. Concepto. III. Principios. IV. Efectos. 1. Efecto devolutivo. 2. Efecto suspensivo. 3. Efecto extensivo. 4. Efecto diferido. V. Clases de medios impugnatorios. 1. Recursos ordinarios. 2. Recursos extraordinarios. VI. La *reformatio in peius*. VII. Recurso de reposición. 1. Concepto. 2. Quién lo deduce. 3. Casos en los que se interpone. 4. Trámite. VIII. Recurso de apelación. 1. Concepto. 2. Quién puede apelar. 3. Casos previstos. 4. Tramitación. 5. Competencia. 6. Efectos del recurso de apelación. 7. Facultades de la Sala Superior. 8. Apelación de autos y sentencias. IX. Recurso de casación. 1. Concepto. 2. Procedencia del recurso de casación. 3. Causales para interponer el recurso de casación. 4. Interposición, admisión y trámite de la casación. 5. Desestimación del recurso de casación. X. Recurso de queja. 1. Concepto. 2. Marco legal. Trámite. XI. Algunas decisiones sobre los medios impugnatorios.

I. PRELIMINAR

Es a través del proceso común u ordinario o a procesos especiales, que responden a situaciones particulares y a decisiones concretas de política criminal el proceso penal llega a un producto central y básico: la sentencia. Esta es el acto judicial por excelencia, que determina o construye los hechos, a la vez que construye la solución jurídica para esos hechos, "solucionando" o mejor dicho, "redefiniendo" el conflicto social de base, que es reinstalado de un modo nuevo en el seno de la sociedad[1153].

Siendo, entonces, la sentencia un acto procesal del juzgador que produce efectos jurídicos importantes, es que esta sea factible de ser reexaminada, revisada y por ende, sometida a un control. Ese control solo es posible vía ciertos mecanismos procesales que pueden provocar una revisión total o parcial de esa sentencia y otra resolución. Esos mecanismos de control son los *recursos* o también conocidos por la doctrina como medios impugnatorios. Pero no solo las sentencias pueden ser materia de impugnación sino también los autos.

1153 Binder, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 285.

Julio B. J. Maier[1154] dice que los recursos evitan las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales, en pos de intentar demostrar su injusticia (agravio) y tratar de conseguir que la decisión atacada sea revocada, esto es, transformada en sentido contrario, modificada o, incluso, eliminada. Fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad.

Según el profesor Binder[1155] la idea de control se fundamenta en cuatro pilares:

a) La sociedad debe controlar cómo sus jueces administran justicia.

b) El sistema de justicia penal debe desarrollar mecanismos de autocontrol, para permitir la planeación institucional.

c) Los sujetos procesales tienen interés en que la decisión judicial sea controlada.

d) Al Estado le interesa controlar cómo sus jueces aplican el derecho.

Los medios de impugnación tienen una finalidad compatible con el interés público puesto al servicio de las partes, que consiste en facilitar el contralor de las resoluciones jurisdiccionales para conseguir una mejor realización de la justicia. Es de entender, por consiguiente, que el fundamento de la impugnación no es otra que la falibilidad humana[1156].

Finalmente, una manifestación del principio dispositivo que gobierna el régimen de la impugnación penal es la facultad que se otorga a las partes para manifestarse con eficacia plena en sentido contrario al progreso del recurso procedente o ejercitado. El desistimiento implica renuncia total a la pretensión impugnativa. No hay ninguna razón para que el fiscal no pueda desistirse del recurso interpuesto, puesto que la ley no hace diferencias al respecto y, por lo demás, no puede confundirse el poder de acción penal —que es irrefragable— con el de impugnación, que obedece al principio dispositivo.

Javier Vecina Cifuentes[1157], señala cuatro exigencias en materia de recursos:

- Control de la legalidad de las resoluciones judiciales, tanto en lo relativo a la cuestión de fondo como en lo concerniente a las normas esenciales que disciplinan el proceso.
- Justicia, a través de la garantía de pluralidad de la instancia, en rigor el doble grado de jurisdicción como mínimo necesario.
- Formación de la doctrina jurisprudencial que garantiza la unidad del derecho material y procesal a nivel interpretativo.

1154 Maier, *Derecho procesal penal*, tomo I, 2002, cit., p. 705.
1155 Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 285.
1156 San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, volumen II, cit., p. 920.
1157 Citado por San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, volumen II, cit., p. 922.

- Tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los órganos judiciales, a fin de hacer de los procesos de hábeas corpus y de amparo unas vías subsidiarias.

II. CONCEPTO

La ley procesal establece a favor de las partes un mecanismo para expresar su disconformidad con las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales. Son los llamados medios de impugnación. Estos son aquellos actos procesales de los que pueden hacer uso las partes cuando consideran que una resolución del juez o tribunal perjudica su interés en el proceso y espera que el superior jerárquico la revoque o la anule, siguiéndose las pautas procedimentales preestablecidas[1158].

Oré Guardia[1159] define en sentido estricto la impugnación como un derecho que la ley concede a los sujetos procesales, tanto activos como pasivos, y excepcionalmente a los terceros legitimados, con el fin de obtener la revocación, sustitución, modificación o anulación de una resolución que se considerada errónea o viciada, y que les perjudica. El medio a través del cual se ejercita este derecho es el recurso.

Los medios impugnatorios son mecanismos procesales establecidos legalmente que permiten a los sujetos legitimados procesalmente peticionar a un juez o a su superior reexamine un acto procesal o todo un proceso que le ha causado un perjuicio, a fin de lograr que la materia cuestionada sea parcial o totalmente anulada o revocada[1160].

En suma, impugnar es la posibilidad de cuestionar una resolución, o más bien, es el derecho que le asiste al justiciable inconforme, y el recurso es el medio de hacer valer ese derecho, por el cual el justiciable se considera agraviado con una resolución judicial que estima injusta o ilegal, atacándola para provocar su revocatoria o eliminación, para someterlo a un nuevo examen y obtener un pronunciamiento favorable a sus expectativas.

Como agrega Binder[1161] que la sentencia es, pues, el acto procesal que produce los mayores efectos jurídicos. Por tal razón, esa sentencia debe ser controlada o revisada. Este control del producto genuino del juez se realiza a través de ciertos mecanismos procesales que pueden provocar una revisión total o parcial de esa sentencia y, por extensión, también de otros actos procesales que producen efectos jurídicos eventualmente gravosos para alguno de los sujetos procesales. Esos mecanismos procesales son los recursos:

1158 Sánchez Velarde, Pablo, "El sistema de recursos en el proceso penal", en *Revista de las Academia de la Magistratura*, N° 2, Lima, 2001, p. 167.
1159 Oré Guardia, *Manual de derecho procesal penal*, cit., p. 400.
1160 Ibérico Castañeda, Fernando, "Manual de impugnación y recursos en el nuevo modelo procesal penal", en *Código Procesal Penal. Manuales operativos*, Lima, 2007, p. 59.
1161 Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 285.

estos son los medios de impugnación de la sentencia y otras resoluciones, y a través de ellos se cumple con el principio de control.

III. PRINCIPIOS

Siguiendo los lineamientos de Iberico Castañeda[1162], el ejercicio de la atribución impugnatoria que se ejerce a través de la interposición de recursos no solo se halla delimitada por un conjunto de principios ordenadores sino que además requiere el cumplimiento de determinados elementos y requisitos, que en muchos de los casos son comunes a todos los medios impugnatorios. Estos son:

i. *Principio de legalidad*, solo se pueden interponerse los recursos expresamente previstos en la ley. Este principio es recogido por el inciso primero del artículo 404 del Código Procesal Penal, que señala: "Las resoluciones judiciales son impugnables solo por los medios y los casos expresamente establecidos por la ley".

ii. *Principio de formalidad*, por regla, deben de ejercitarse de conformidad con el procedimiento prescripto por los códigos rituales. Una manifestación de este principio es el llamado principio de consumación, según el cual el justiciable ha elegido una vía recursal de manera errónea ya no puede subsanar su error aunque el plazo de interposición previsto legalmente aún no se haya cumplido. Este principio de consumación, entendemos no ha sido acogido por nuestro sistema recursal.

iii. *Principio de unicidad*, generalmente la propia ley establece un determinado recurso para impugnar determinadas resoluciones, de forma tal que "cuando corresponde uno normalmente no se admite otro", o como señala Hitters, este principio significa que cada resolución, generalmente, tolera un solo carril de impugnación y no varios.

iv. *Principio de trascendencia*, significa que para que se pueda interponer un recurso es necesario que el sujeto legitimado para hacerlo haya sufrido un agravio o perjuicio o gravamen, como quiera llamársele, con la resolución que es materia de impugnación. Precepto que se haya recogido en el literal a) del inciso primero del artículo 405 del Código Procesal Penal, cuando señala que para la admisión del recurso se requiere: a) que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución (...).

v. *Principio dispositivo*, este principio también se manifiesta como un elemento propio de los presupuestos subjetivos de los recursos y que en líneas generales significa que los recursos como mecanismos para el ejercicio del derecho de impugnación, solo pueden ser

PARTE VIII

1162 IBERICO CASTAÑEDA. "Manual de impugnación y recursos en el nuevo modelo procesal penal". cit., pp. 79 y ss.

incoados o planteados por los sujetos procesales legitimados, de donde resulta que el reexamen en una resolución judicial solo tendrá lugar en la medida que alguno de los sujetos procesales haya interpuesto su respectivo recurso, por ello es que la llamada consulta no es por naturaleza un medio impugnatorio, siendo por ende también discutibles los llamados recursos de oficio.

vi. *Principio de instancia plural*, la Constitución, en su inciso sexto del artículo 139, ha reconocido como principio y derecho de la función jurisdiccional a la instancia plural, norma que ha sido desarrollada por la legislación nacional y supranacional. El artículo 404 del Código Procesal Penal, establece que el derecho de impugnación corresponde solo a quien la ley se lo confiere expresamente.

IV. EFECTOS

Siguiendo a los profesores sanmarquinos Sánchez Velarde[1163] y San Martín Castro[1164], los efectos de los recursos son tres:

1. Efecto devolutivo

Cuando la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano judicial superior al que dictó la resolución impugnada.

El efecto devolutivo responde a una designación de origen histórico, que consiste en el desprendimiento de la jurisdicción por el órgano que dictó el acto y, frente a la impugnación, la entrega de la jurisdicción al superior. Mediante este efecto se atribuye la competencia funcional para resolver al órgano ad quem y, por tanto, produce la pérdida de la jurisdicción del órgano a quo sobre el punto objeto de la impugnación. El único recurso no devolutivo es el de reposición porque lo resuelve el mismo juez que emitió la resolución cuestionada.

2. Efecto suspensivo

Cuando existe la imposibilidad de ejecutar de inmediato la resolución judicial expedida, siempre y cuando el recurso es admitido en ambos efectos. Se suspende su ejecución en tanto se resuelva definitivamente.

El problema del efecto suspensivo debe estudiarse desde otra perspectiva, esto es, en su directa incidencia con los derechos a la libertad, la presunción de inocencia y sus manifestaciones y, por contra, con el derecho del Estado a asegurarse, dentro de los límites legales, la ejecución posible tras el recurso. Como enseña Cortés Domínguez:

- Si se impugnan *sentencias absolutorias*, el recurso no puede en ningún caso entorpecer, por ejemplo, la excarcelación del imputado así

PARTE VIII

1163 SÁNCHEZ VELARDE. "El sistema de recursos en el proceso penal". cit., p. 169.
1164 SAN MARTÍN CASTRO. *Derecho procesal penal*. cit., pp. 957 y ss.

como impedir la cancelación de las medidas cautelares que se hayan podido tomar a lo largo del proceso, que son evidentes manifestaciones de un "efecto ejecutivo" de la sentencia, aun cuando esta no sea condenatoria.

- Si se recurre una *sentencia condenatoria*, no es apropiado afirmar que el recurso produce el efecto suspensivo, pues si fuera así no se explicaría el cambio de la situación personal del condenado que hubiese estado previamente en libertad; además, el mantenimiento de la detención después de la impugnación de una condena no es técnicamente ejecutar la sentencia, sino mantener la situación cautelar que en ese caso es personal pero que es igualmente aplicable a situaciones cautelares reales. La impugnación de una sentencia condenatoria no debe producir, por sí sola, modificación alguna de la situación personal del acusado-condenado ni de las medidas cautelares que en su momento pudieron tomarse.

3. Efecto extensivo

Significa que la interposición de un recurso por uno de los procesados favorece o se extiende a otros que se encuentran en la misma situación aun cuando no la hayan cuestionado. Existe un criterio de favorabilidad.

Por imperio de la prohibición de la *reformatio in peius* no se extienden los efectos que sean desfavorables al no recurrente.

Este efecto extensivo o comunicante es una excepción al principio de la personalidad de la impugnación justificado por razones que en el proceso penal se discuten intereses de carácter público sustraído de la esfera dispositiva de las partes.

4. Efecto diferido

Procede esta modalidad recursal en los procesos con pluralidad de imputados o de delitos cuando se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros. En este supuesto, interpuesto el recurso y concedido, su remisión al ad quem recién se producirá cuando se dicte sentencia que ponga fin a la instancia, salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes, en cuyo caso, la parte que se vea afectada podrá interponer recurso de queja, en el modo y forma previsto por la ley.

Este efecto lo encontramos en el artículo 410 del Código Procesal Penal.

V. CLASES DE MEDIOS IMPUGNATORIOS

1. Recursos ordinarios

Son los que se dan con cierta normalidad dentro de un proceso penal y proceden libremente sin más exigencias adicionales, que la de fundamentarla. Así el recurso de apelación, el de reposición y el de la nulidad.

2. Recursos extraordinarios

En estos recursos predomina su carácter de excepcional y limitado, pues solo procede en determinadas resoluciones judiciales. Así, el único recurso extraordinario es el de *casación*.

El Código Procesal Penal regula a los recursos impugnatorios en el Libro Cuarto con el título de "La impugnación", donde a partir del artículo 404 al 412 del Código Procesal Penal trata sobre aspectos generales, entre ellos:

i. *La facultad de recurrir*

- Las resoluciones judiciales son impugnables solo por los medios y en los casos establecidos por la ley expresamente.
- Estos recursos se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida.
- El derecho de impugnación corresponde solo a quien la ley le confiere.
- El defensor podrá recurrir directamente a favor de su patrocinado.
- Los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al juez que corresponda.

ii. *Para que el recurso impugnatorio sea admitido*

- Debe ser presentado por quien resulte agraviado por la resolución.
- Que tenga interés directo y se halle facultado para ello.
- El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.
- Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por ley.
- También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en una audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que la motiva. Los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la ley.
- Se debe precisar las partes o puntos de la decisión, los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen, concluyendo en una pretensión concreta.
- El juez que emitió la resolución impugnada se pronunciará si admite el recurso y notificará su decisión a todas las partes, luego del cual elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente.
- El juez que debe conocer la impugnación, aun de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio.

VI. LA *REFORMATIO IN PEIUS*

El 24 de mayo de 2001 se publicó la Ley Nº 27454, que modificó el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, según el cual, a decir de San Martín Castro[1165], presenta tres reglas generales:

- Si el recurso es interpuesto por uno o varios sentenciados, el Tribunal de alzada solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación (*reformatio in peius* y *ne eat iudex extra petita partium*).
- Como consecuencia del *favor rei*, las penas de los sentenciados no recurrentes solo podrán ser modificadas cuando les sea favorable, y si el recurso es interpuesto por el Ministerio Público, el Tribunal de alzada podrá modificar la pena impugnada, aumentándola o disminuyéndola, cuando esta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito.
- Introduce solo para las impugnaciones de sentencias, dada la ubicación del artículo modificado, una regla que consagra la formalización del recurso en la fase de su interposición: la motivación de este en el plazo de diez días, pues de lo contrario se declarará inadmisible.

VII. RECURSO DE REPOSICIÓN

1. Concepto

Conocido también como súplica, reforma, reconsideración o de revocatoria en el derecho comparado, y consiste en obtener ante la misma instancia se subsane algún error u omisión que no acarrea se plantee una nulidad.

La reposición es un recurso ordinario, no devolutivo, dirigido contra resoluciones jurisdiccionales limitadas genéricamente por la ley, por el cual el agraviado reclama al mismo tribunal que dictó el pronunciamiento su revocación o modificación por contrario imperio[1166].

Este recurso tiene su fundamento en la economía procesal representada por la conveniencia de evitar una doble instancia a través del expediente de otorgarle al tribunal autor de una resolución la oportunidad de corregirla luego de un nuevo estudio de la cuestión[1167].

2. Quién lo deduce

Este recurso lo plantea quien se ve agraviado con la expedición de la resolución judicial. Vale decir, que puede ser cualquier sujeto procesal que advierta el vicio o error y por economía y celeridad procesal sea subsanable.

1165 San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, volumen II, cit., p. 941.
1166 En Ayan, Manuel N. (director), *Medios de impugnación en el proceso penal*. Alveroni Ediciones, Córdoba, p. 15.
1167 San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, vol. II, cit., p. 963.

3. Casos en los que se interpone

Como ya se dijo, este recurso procede contra los decretos cuando se advierta un vicio o error es evidente y sea subsanable en la misma instancia.

El artículo 415 del Código Procesal Penal establece que el recurso de reposición procede contra los decretos, a fin de que el juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda. Durante las audiencias solo será admisible este recurso contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.

4. Trámite

Advertido el error o vicio por el sujeto procesal agraviado, luego de notificado con dicha resolución, lo hará por escrito, teniendo un plazo de dos días para poder interponerlo. Si el juez lo considera inadmisible, lo declarará así de plano y sin más trámite, de lo contrario, conferirá traslado por el plazo de dos días a los demás sujetos procesales y vencido el término, resolverá con su contestación o sin ella.

Si fuera planteada en la audiencia, esta sería verbalmente y se tramitará y resolverá inmediatamente, pero si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas.

El auto que resuelve este recurso es inimpugnable, esto significa que lo que resuelva el juez, no cabe interposición de recurso alguno, quedando firme la decisión judicial.

VIII. RECURSO DE APELACIÓN

1. Concepto

Como bien dice Sánchez Velarde[1168] este constituye uno de los recursos de mayor incidencia en nuestro sistema procedimental y el que más se invoca, aun cuando por la naturaleza misma del recurso algunas veces corresponda a otro (nulidad o queja).

Mediante el recurso de apelación que la ley procesal penal concede al sujeto procesal con la finalidad de que el superior jerárquico pueda reexaminar la resolución impugnada, que luego de ello procederá a confirmar (si está de acuerdo), o revocar el fallo (modificar), o declarar la nulidad la resolución por algún vicio procesal.

Este recurso, cuando está en las sentencias, es el mecanismo procesal para conseguir el doble grado de jurisdicción (es el que configura la segunda

1168 Sánchez Velarde, "El sistema de recursos en el proceso penal", cit., p. 171.

instancia), a que hace referencia de modo amplio el artículo 139, numeral 6, de la Constitución. Y desde una perspectiva más estricta los artículos 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el X del título preliminar del Código Procesal Civil[1169].

2. Quién puede apelar

El recurso de apelación puede ser interpuesto por cualquier sujeto procesal que no se encuentre conforme con la resolución emitida: el inculpado, el actor civil, el tercero civilmente responsable o el representante del Ministerio Público.

3. Casos previstos

i. En el procedimiento ordinario

- En las cuestiones de prejudicialidad civil.
- Contra los autos que deniegan la solicitud de constituirse en parte civil.
- Contra el autor que declara *no ha lugar* a la apertura de instrucción, así como la que resuelve devolver la denuncia al fiscal por faltarle un requisito de procedibilidad.
- Contra la resolución que resuelve la acumulación de procesos.
- Contra las resoluciones que resuelven incidentes (cuestiones, excepciones u otras).
- Contra el autor que ordena la detención del denunciado.
- Contra el auto que resuelve la libertad incondicional.
- Contra el auto que dispone la medida de comparecencia.
- Contra el auto que ordena el embargo.
- Contra el auto que resuelve la libertad provisional.

ii. En los procedimientos sumario y especial

- En el sumario, contra la sentencia dictada por el juez, la cual puede ser en el acto de lectura de sentencia (sentenciado) o reservarse ese derecho dentro de tres días; y a la parte civil, le corresponde a los tres días de enterada la resolución (Decreto Legislativo Nº 124, artículo 7).
- En el procedimiento de querella (artículo 14).
- En el procedimiento por faltas (artículo 325).

iii. En el Código Procesal Penal

El artículo 416 se contempla que este recurso procederá contra:

1169 San Martín Castro. *Derecho procesal penal*, vol. II, cit., p. 968.

- Las sentencias (absolutorias o condenatorias).
- Los autos de sobreseimiento y los que resuelven cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia.
- Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena.
- Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva.
- Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

4. Tramitación

Se interpone ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada.

Cumplido con los requisitos y el plazo de ley se elevan los actuados al superior jerárquico, quien resolverá de acuerdo a ley.

5. Competencia

Contra las decisiones emitidas por el juez de la investigación preparatoria, así como contra las expedidas por el juzgado penal, unipersonal o colegiado, conoce el recurso la Sala Penal Superior.

Contra las sentencias emitidas por el juzgado de paz letrado, conoce del recurso el juzgado penal unipersonal.

6. Efectos del recurso de apelación

Tendrá el efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia.

- Si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente. En todo caso, el Tribunal Superior en cualquier estado del procedimiento recursal decidirá mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse.

7. Facultades de la Sala Penal Superior

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

El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último

caso, tratándose de sentencia absolutoria podrá dictar sentencia condenatoria. Dice San Martín Castro[1170] que 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. Se ha recogido del Código italiano y de la ley española. Esta situación no permite el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales de 1940. El fundamento para que no se condene es que el órgano colegiado ad quem no tiene el principio de la inmediación.

Bastan dos votos conformes para absolver el grado.

8. Apelación de autos y sentencias

El trámite que se sigue para la apelación de autos está prescrito en el artículo 420 del Código Procesal Penal. Para la apelación de sentencias se encuentra previsto a partir del artículo 421.

Para la apelación de autos, la sala correrá traslado del escrito de fundamentación al fiscal y a los demás sujetos procesales. Absuelto el traslado, la sala estimará admisible o no y puede rechazarlo de plano, caso contrario queda expedita para ser resuelta y señalar fecha para la audiencia. Antes de la notificación de dicho decreto, el fiscal y demás sujetos procesales podrán presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, de lo que se pondrá en conocimiento de los sujetos procesales por tres días.

El auto que la sala declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415 del Código Procesal Penal.

A la audiencia de apelación de autos podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra.

La sala podrá formular preguntas al fiscal o a los abogados de los sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida.

En la apelación de sentencia, la sala conferirá traslado por cinco días, luego del cual declarará su admisibilidad o no, pudiendo rechazarla de plano, caso contrario, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días.

El escrito de ofrecimiento de pruebas deberá indicar el aporte de la prueba ofrecida. Solo se admiten las siguientes pruebas:

- La que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia.

1170 San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, volumen II, cit., p. 982.

- Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva.
- Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.
- Solo se admitirán medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia.
- Si solo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo. Si la apelación en su conjunto solo se refiere al objeto civil del proceso, rigen los límites estipulados en el artículo 374 del Código Procesal Civil.

IX. RECURSO DE CASACIÓN

1. Concepto

San Martín Castro[1171] enseña que el recurso de casación penal es el medio de impugnación de competencia del Supremo Tribunal, en virtud del cual, se pide la anulación de resoluciones definitivas de los tribunales inferiores, no sujetas por sí o no sujetas ya a ninguna otra impugnación, por error de derecho sustantivo o procesal. La casación se limita, partiendo de los mismos hechos fijados en la instancia, a examinar la concreción jurídica causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de este, la regularidad del proceder que haya conducido a él.

El recurso de casación se constituyó en Francia durante la lucha por el poder entre la monarquía absoluta y los "parlamentos" (Tribunales Superiores de Justicia cuyos magistrados provenían de la emergente burguesía) quienes por vía de interpretación de los edictos reales, ordenanzas y otras declaraciones regias trataban de suavizarlos, de "liberalizarlos" en beneficio del pueblo. Para impedir esta tendencia jurisprudencial, los reyes crearon un recurso contra la sentencia final, la sentencia de mérito, que le permitía revisarla y en su caso, anularla "casarla" (del francés *casser*, 'quebrar', 'romper') en cuanto a sus fundamentos legales, devolviéndola al tribunal o parlamento que la había expedido para que la rehiciera de acuerdo con el texto legal precisado por el rey o por quien resolvía en su nombre[1172].

El recurso de casación es de carácter extraordinario, no solo porque está limitado a determinados supuestos de procedencia —objeto impugnable— y causales o motivos de admisión, sino también porque se entiende que los intereses de las partes se encuentran suficientemente garantizados por las leyes procesales en las instancias inferiores. De su carácter extraordinario resulta que no se acuerda mientras no se hayan agotado los recursos ordinarios[1173].

1171 San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, vol. II, cit., p. 991.

1172 Silva Vallejo, José A., *El recurso de casación: análisis y contenido*, pp. 25 y ss.

1173 Yaipén Zapata, Víctor, "La casación excepcional", en *Medios impugnatorios*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 167.

2. Procedencia del recurso de casación

Procede este recurso en los casos siguientes:

- Contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.
- La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el párrafo anterior, está sujeta a las siguientes limitaciones:
  - Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
  - Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del fiscal tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.
  - Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación.
- Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.
- Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

3. Causales para interponer el recurso de casación

Las causales son establecidas en el artículo 429 del Código Procesal Penal del modo siguiente:

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

Como quiera que la casación es un recurso extraordinario, no es suficiente que el recurrente haya sufrido un gravamen o perjuicio en la resolución recurrida, sino que es necesario que su impugnación esté fundamentada en alguna de las causales o motivos tasados dispuestos por la ley. Dos son las clases o modalidades de recurso de casación que permite la ley. Se trata del recurso de casación formal, o por quebrantamiento de forma, y del recurso de casación de fondo, o por infracción de la ley material. Por el primero se denuncian los vicios *in procedendo*, en cambio por el segundo se denuncian los vicios *in iudicando*[1174].

4. Interposición, admisión y trámite de la casación

El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 405 del Código Procesal Penal, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.

Interpuesto el recurso de casación, la Sala Penal Superior solo podrá declarar su inadmisibilidad en los supuestos previstos en el artículo 405 o cuando se invoquen causales distintas de los enumerados en el Código.

Si se invoca el numeral 4 del artículo 427 del Código Procesal Penal, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme al artículo 429, el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende.

En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.

Si la Sala Penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un distrito judicial distinto de Lima, fijen nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación.

Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, siempre que previamente hubieren cumplido ante la Sala Penal Superior con lo dispuesto en el numeral anterior. Si, conforme a lo dispuesto en el numeral anterior, no

1174 San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, volumen II, cit., pp. 995-996.

se señaló nuevo domicilio procesal, se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema.

Acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá conforme al artículo 428 si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo de este. Esta resolución se expedirá dentro del plazo de veinte días. Bastan tres votos para decidir si procede conocer el fondo del asunto.

Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.

Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan.

En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación.

Instalada la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente. Si existen varios recurrentes, se seguirá el orden fijado en el numeral 5 del artículo 424, luego de lo cual informarán los abogados de las partes recurridas. Si asiste el imputado, se le concederá la palabra en último término.

Culminada la audiencia, la Sala procederá, en lo pertinente, conforme a los numerales 1 y 4 del artículo 425. La sentencia se expedirá en el plazo de veinte días. El recurso de casación se resuelve con cuatro votos conformes.

5. Desestimación del recurso de casación

El artículo 428 del Código Procesal Penal establece que la Sala Penal de la Corte Suprema declarará la inadmisibilidad del recurso de casación cuando:

- No se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos 405 y 429.
- Se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el Código.
- Se refiere a resoluciones no impugnables en casación.
- El recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si esta fue confirmada por la resolución objeto del recurso; o, si invoca violaciones de la ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.
- Cuando carezca manifiestamente de fundamento.

- Se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida.

Estos casos la inadmisibilidad del recurso podrá afectar a todos los motivos aducidos o referirse solamente a alguno de ellos.

X. RECURSO DE QUEJA

1. Concepto

Se trata de un recurso sui géneris, pues su objetivo es resolver situaciones no sujetas a impugnación o cuando esta hubiera sido desestimada. De manera, que se busca corregir las decisiones jurisdiccionales originadas por error, negligencia, arbitrariedad o parcialidad.

El Código Procesal Penal considera que el recurso de queja de derecho procede contra la resolución del juez que declara inadmisible el recurso de apelación. De igual modo procede contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación.

2. Marco legal. Trámite

La Ley Nº 27833, publicada el 21 de septiembre del 2002, prescribe que "[...] El recurso de queja solo procede por denegatoria del de apelación y se interpone ante el juez que denegó el recurso quien lo remite al superior jerárquico. El plazo para su interposición es de tres días contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución que deniega el recurso de apelación. En el recurso de queja se especificará el número de folios y las copias de los principales actuados que el juez estime convenientes las que serán elevados al superior jerárquico dentro de las veinticuatro horas de solicitada por el interesado. Si se declara fundada la queja, el superior, de inmediato, concede el recurso, comunicando al inferior su decisión para que remita el expediente en el plazo de tres días. Si se rechaza el recurso, se comunica al juez inferior y se notifica a los interesados. Cumplida la instancia plural no procede ningún recurso".

El trámite de este recurso impugnatorio fijado por el código es:

- En el recurso de queja se precisará el motivo de su interposición con invocación de la norma jurídica vulnerada. Se acompañará el escrito que motivó la resolución recurrida y, en su caso, los referentes a su tramitación; la resolución recurrida; el escrito en que se recurre; y, la resolución denegatoria.
- Rige lo dispuesto en los dos últimos párrafos del artículo 403 del Código Procesal Civil.
- Interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional competente decidirá, sin trámite alguno, su admisibilidad y, en su caso, su fundabilidad.

Para decidir, puede solicitarse al órgano jurisdiccional inferior copia de alguna actuación procesal. Este requerimiento puede cursarse por fax u otro medio adecuado.

- Si se declara fundada la queja, se concede el recurso y se ordena al juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las partes.
- Si se declara infundada la queja, se comunica la decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

XI. ALGUNAS DECISIONES SOBRE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

En Huaura a través de un plenario de los jueces de dicho lugar ocurrido en agosto del 2007, se han tratado los siguientes temas:

TEMA Nº 03: RECURRIBILIDAD DE AUTOS Y SENTENCIAS

Primero: ¿Puede concederse apelación respecto de aquellas resoluciones que según el Código Procesal Penal son irrecurribles?

CONSIDERANDO:

En el caso de las resoluciones irrecurribles, debe entenderse que estas en modo alguno quebrantan el principio constitucional de la instancia plural, dado que por la trascendencia de lo que resuelven, en modo alguno afectan tal garantía constitucional.

Sin embargo en casos de grave afectación de derechos fundamentales, puede concederse el recurso de apelación para que el superior examine el asunto.

SE ACUERDA:

Por mayoría: Podría concederse la apelación en casos de grave afectación de derechos fundamentales.

Por minoría: Que no se puede conceder apelación, toda vez que el Código Procesal Penal así lo establece, salvo que afecte los derechos fundamentales de la persona, por lo cual debe recurrir a la instancia superior vía recurso de queja.

Segundo: ¿Puede la Sala revocar un auto de sobreseimiento, cuando el fiscal superior opina por la confirmatoria?

CONSIDERANDO:

La Convención Americana en su artículo 8 y la Constitución Política peruana le asignan al Ministerio Público la facultad de ejercitar la acción penal, ya sea de parte o de oficio y actúa en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. El Código Procesal Penal en su título preliminar precisa asimismo que, el Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal, y además tiene el deber de la carga de la prueba.

Según el nuevo modelo procesal penal, de tendencia acusatoria, las funciones del fiscal y del juez están delimitadas, siendo el primero de los nombrados el funcionario responsable de investigar y probar el delito, así como la responsabilidad penal.

Asimismo el Tribunal Constitucional en la ejecutoria número 2005-2006-PHC/TC, ha precisado que la primera de las características del principio acusatorio, guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público reconocida en el artículo 159 de la

Constitución, siendo entre otras la de ejercer la acción penal, teniendo el Ministerio Público la exclusiva potestad de incoar la acción penal, de acusar y a falta de esta el proceso debe llegar[1175] a su fin, precisa el Tribunal Constitucional que del modo análogo, aunque no se trata de un supuesto de decisión, de no haber mérito para pasar a juicio oral, *sino de no haber mérito para denunciar*, por ello la falta de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria, máxime si el fiscal tuvo la opción, de en vez de acusar solicitar la ampliación de la instrucción. Precisa el Tribunal, que en caso el fiscal decida no acusar y dicha resolución sea ratificada por el fiscal supremo o por el fiscal superior, al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin, que siendo así el órgano Jurisdiccional no puede vulnerar el principio acusatorio que le corresponde- como ha indicado al Ministerio Público.

Asimismo la Corte Suprema de Justicia, la Sala Penal Permanente en la Queja Nº 1678-2006 de fecha trece de abril del año dos mil siete ha precisado: *"Si el Órgano Jurisdiccional está conforme con el dictamen no acusatorio del fiscal provincial y por ello no decide incoar el procedimiento para forzar la acusación, y a continuación con motivo del recurso de apelación, el fiscal superior igualmente emite un dictamen no acusatorio ratificando el parecer del fiscal provincial no existe posibilidad jurídica de que el Órgano Jurisdiccional de alzada dicte una resolución de impugnación; que no obstante ello, es posible asumiendo una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto, una anulación del procedimiento, cuando de uno y otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho a prueba de la parte civil, que integra la garantía constitucional de defensa procesal por la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido, que ameriten nuevo pronunciamiento fiscal y en su caso la ampliación de la propia instrucción"*.

La doctrina nacional ha precisado que solamente es posible revocar el auto de sobreseimiento y disponer que el fiscal formule acusación, si es que el fiscal superior discrepa de lo resuelto por el fiscal provincial.

SE ACUERDA:

Por mayoría: Que la Sala Penal no puede revocar un auto de sobreseimiento, cuando el fiscal superior opina por la confirmatoria, porque el pronunciamiento del fiscal Superior es expresión del titular del ejercicio de la acción penal.

Por minoría: Si se puede, si se trata de garantizar, por ejemplo los derechos fundamentales del agraviado.

EXP. Nº 4235-2010-PHC/TC
LIMA
CÉSAR AUGUSTO NAKAZAKI SERVIGÓN
A FAVOR DE
ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de agosto de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Álvarez Miranda,

1175 Expediente Nº 1678-2006. Queja. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. 13 de abril del 2007.

Vicepresidente, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega y el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos que también se acompaña.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Augusto Nakazaki Servigón contra la sentencia expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal de Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 380, su fecha 2 de septiembre del 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de noviembre del 2009, don César Augusto Nakazaki Servigón interpone proceso de hábeas corpus a favor de don Alberto Fujimori Fujimori y lo dirige contra la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República integrada por los vocales Jorge Alfredo Solís Espinoza, Isabel Cristina Torres Vega, Eliana Elder Araujo Sánchez y Teófilo Idrogo Delgado; por vulneración de los derechos a recurrir las resoluciones judiciales y a la libertad individual. Por ello solicita 1) la nulidad de los autos que declararon la no admisión de los recursos de nulidad interpuestos contra los autos de fecha 26 de junio del 2009, que a su vez declararon infundadas las recusaciones planteadas en los incidentes Nº 19-2001-A, Nº 19-2001-B y Nº 19-2001-C, derivados del proceso penal Nº 19-2001-AV seguido contra el favorecido; 2) se ordene a la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que admita los recursos conforme al procedimiento establecido en el artículo 40 del Código de Procedimientos Penales; y, 3) que los vocales supremos que resuelvan dichos recursos sean vocales diferentes a los emplazados.

El recurrente refiere que en el proceso penal Nº 19-2001-AV (Caso Barrios Altos, Cantuta y los secuestros de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer) seguido contra el favorecido presentó tres incidentes de recusación: 1) Nº 19-2001-"A", contra el vocal supremo Duberli Applinar Rodríguez Tineo; 2) Nº 19-2001-"B", contra los vocales supremos Elvia Barrios Alvarado, Roberto Barandiarán Dempwolf y José Neyra Flores; y, 3) Nº 19-2001-"C", contra el vocal supremo Julio Biaggi Gómez.

Sostiene que para el conocimiento de las recusaciones se recompuso la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, quedando integrada por los vocales Héctor Rojas Maravi, Héctor Ponce de Mier, Julia Arellano Serquen, Jorge Bayardo Calderón Castillo y Sócrates Zevallos Soto. Las recusaciones fueron declaradas infundadas por autos de fecha 26 de junio del 2009, contra los que se interpuso seridos recursos de nulidad. Los referidos recursos de nulidad fueron desestimados mediante autos de fecha 4 de septiembre del 2009, en los que se declaró que la Sala Suprema en aplicación del artículo 150 de la Ley Orgánica del Poder Judicial era incompetente para conocer en grado de revisión los incidentes derivados en procesos penales que en revisión y última instancia se vienen tramitando ante otra Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República; en consecuencia, se declaró nula la vista de la causa y nulo todo lo actuado ante esa Sala. Añade el recurrente que para el trámite de la recusación se debió aplicar el artículo 40 del Código de Procedimientos Penales, pues si en el proceso principal, dos salas supremas actúan como primera y segunda instancia igual correspondería para la resolución de los incidentes de recusación.

El Procurador Público Adjunto de la Procuraduría del Poder Judicial al contestar la demanda señala que los recursos de nulidad contra las recusaciones desestimadas

fueron declarados inadmisibles porque la recusación de un vocal supremo tiene su propio procedimiento en el que una sala suprema no es segunda instancia de la otra. Añade que la declaración de admisibilidad o inadmisibilidad de recursos y solicitudes, responde al cumplimiento del justiciable de los supuestos que comprenden los códigos adjetivos de la materia o de la procedibilidad de dichas peticiones dentro del marco legal que fue creado para ello; por lo que el revisar el cumplimiento de estos supuestos solo corresponde a la justicia ordinaria.

A fojas 117 obra la declaración indagatoria de doña Gladys María Vallejo Santamaría, quien en representación del favorecido se ratifica en todos los extremos de su demanda (conforme al decreto de fecha 15 de diciembre del 2009, fojas 116).

A fojas 127, 132, 139 y 292 obran las declaraciones de los vocales emplazados en las que señalan que el Colegiado emplazado no podía conocer los recursos de nulidad planteados en los incidentes de recusación porque este recurso carece de configuración legal por lo que resultaría un exceso y acto de arbitrariedad si se permitiera a un justiciable recurrir de todas y cada una de las resoluciones que se emitan en el interior del proceso, toda vez que un recurso solo se debe de conceder cuando exista una normativa que lo permita y una instancia que funcionalmente actúe como órgano revisor, por lo que no existe afectación de los derechos invocados.

El Cuadragésimo Cuarto Juzgado Penal-Reos en Cárcel de Lima, con fecha 7 de junio del 2010, declaró improcedente la demanda al considerar que el hábeas corpus presentado no está dirigido a cuestionar el mandato de detención del favorecido, sino a exigir que se conceda un recurso de impugnación en el incidente de recusación de vocal supremo que no se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Cuarta Sala Especializada en lo Penal de Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la apelada al considerar que la recusación de un vocal supremo se rige por lo establecido en el artículo 150 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que las resoluciones que declararon infundadas los incidentes de recusación eran inimpugnables.

FUNDAMENTOS

§ 1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de los autos de fecha 4 de septiembre de 2009, que declararon nula la vista de la causa y nulo todo lo actuado ante la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, y por consiguiente, inadmisibles los recursos de nulidad interpuestos contra los autos de fecha 26 de junio del 2009, que, a su vez, declararon infundadas las recusaciones planteadas en los incidentes Nº 19-2001-A, Nº 19-2001-B y Nº 19-2001-C, derivados del proceso penal Nº 19-2001-AV seguido contra Alberto Fujimori Fujimori; en consecuencia, se ordene a la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que admita los recursos conforme al procedimiento establecido en el artículo 40 del Código de Procedimientos Penales y que los vocales supremos que resuelvan dichos recursos sean vocales diferentes a los emplazados. Se alega vulneración del derecho a recurrir las resoluciones judiciales, en conexión con el derecho a la libertad personal.

§ 2. De si existe competencia *ratione materiae* para conocer el fondo de la controversia en un proceso de hábeas corpus

2. Corresponde analizar, en primer término, si el proceso de hábeas corpus es la vía preestablecida para cuestionar la inconstitucionalidad alegada. El artículo 200, inciso 1, de la Constitución, establece que el proceso de hábeas corpus "procede

VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA
Fiscal Supremo de la Fiscalía Suprema en lo Contencioso Administrativo
Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO

Teoría y práctica de su implementación

Palestra Editores
Lima — 2016

Vicepresidente, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega y el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos que también se acompaña.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don César Augusto Nakazaki Servigón contra la sentencia expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal de Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 380, su fecha 2 de septiembre del 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de noviembre del 2009, don César Augusto Nakazaki Servigón interpone proceso de hábeas corpus a favor de don Alberto Fujimori Fujimori y lo dirige contra la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República integrada por los vocales Jorge Alfredo Solís Espinoza, Isabel Cristina Torres Vega, Eliana Elder Araujo Sánchez y Teófilo Idrogo Delgado; por vulneración de los derechos a recurrir las resoluciones judiciales y a la libertad individual. Por ello solicita 1) la nulidad de los autos que declararon la no admisión de los recursos de nulidad interpuestos contra los autos de fecha 26 de junio del 2009, que a su vez declararon infundadas las recusaciones planteadas en los incidentes Nº 19-2001-A, Nº 19-2001-B y Nº 19-2001-C, derivados del proceso penal Nº 19-2001-AV seguido contra el favorecido; 2) se ordene a la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que admita los recursos conforme al procedimiento establecido en el artículo 40 del Código de Procedimientos Penales; y, 3) que los vocales supremos que resuelvan dichos recursos sean vocales diferentes a los emplazados.

El recurrente refiere que en el proceso penal Nº 19-2001-AV (Caso Barrios Altos, Cantuta y los secuestros de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer) seguido contra el favorecido presentó tres incidentes de recusación: 1) Nº 19-2001-"A", contra el vocal supremo Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo; 2) Nº 19-2001-"B", contra los vocales supremos Elvia Barrios Alvarado, Roberto Barandiarán Dempwolf y José Neyra Flores; y, 3) Nº 19-2001-"C", contra el vocal supremo Julio Biaggi Gómez.

Sostiene que para el conocimiento de las recusaciones se recompuso la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, quedando integrada por los vocales Héctor Rojas Maravi, Héctor Ponce de Mier, Julia Arellano Serquen, Jorge Bayardo Calderón Castillo y Sócrates Zevallos Soto. Las recusaciones fueron declaradas infundadas por autos de fecha 26 de junio del 2009, contra los que se interpuso sendos recursos de nulidad. Los referidos recursos de nulidad fueron desestimados mediante autos de fecha 4 de septiembre del 2009, en los que se declaró que la Sala Suprema en aplicación del artículo 150 de la Ley Orgánica del Poder Judicial era incompetente para conocer en grado de revisión los incidentes derivados en procesos penales que en revisión y última instancia se vienen tramitando ante otra Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República; en consecuencia, se declaró nula la vista de la causa y nulo todo lo actuado ante esa Sala. Añade el recurrente que para el trámite de la recusación se debió aplicar el artículo 40 del Código de Procedimientos Penales, pues si en el proceso principal, dos salas supremas actúan como primera y segunda instancia igual correspondería para la resolución de los incidentes de recusación.

El Procurador Público Adjunto de la Procuraduría del Poder Judicial al contestar la demanda señala que los recursos de nulidad contra las recusaciones desestimadas

fueron declarados inadmisibles porque la recusación de un vocal supremo tiene su propio procedimiento en el que una sala suprema no es segunda instancia de la otra. Añade que la declaración de admisibilidad o inadmisibilidad de recursos y solicitudes, responde al cumplimiento del justiciable de los supuestos que comprenden los códigos adjetivos de la materia o de la procedibilidad de dichas peticiones dentro del marco legal que fue creado para ello; por lo que el revisar el cumplimiento de estos supuestos solo corresponde a la justicia ordinaria.

A fojas 117 obra la declaración indagatoria de doña Gladys María Vallejo Santamaría, quien en representación del favorecido se ratifica en todos los extremos de su demanda (conforme al decreto de fecha 15 de diciembre del 2009, fojas 116).

A fojas 127, 132, 139 y 292 obran las declaraciones de los vocales emplazados en las que señalan que el Colegiado emplazado no podía conocer los recursos de nulidad planteados en los incidentes de recusación porque este recurso carece de configuración legal por lo que resultaría un exceso y acto de arbitrariedad si se permitiera a un justiciable recurrir de todas y cada una de las resoluciones que se emitan en el interior del proceso, toda vez que un recurso solo se debe de conceder cuando exista una normativa que lo permita y una instancia que funcionalmente actúe como órgano revisor, por lo que no existe afectación de los derechos invocados.

El Cuadragésimo Cuarto Juzgado Penal-Reos en Cárcel de Lima, con fecha 7 de junio del 2010, declaró improcedente la demanda al considerar que el hábeas corpus presentado no está dirigido a cuestionar el mandato de detención del favorecido, sino a exigir que se conceda un recurso de impugnación en el incidente de recusación de vocal supremo que no se encuentra previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Cuarta Sala Especializada en lo Penal de Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la apelada al considerar que la recusación de un vocal supremo se rige por lo establecido en el artículo 150 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que las resoluciones que declararon infundadas los incidentes de recusación eran inimpugnables.

FUNDAMENTOS

§ 1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad de los autos de fecha 4 de septiembre de 2009, que declararon nula la vista de la causa y nulo todo lo actuado ante la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, y por consiguiente, inadmisibles los recursos de nulidad interpuestos contra los autos de fecha 26 de junio del 2009, que, a su vez, declararon infundadas las recusaciones planteadas en los incidentes Nº 19-2001-A, Nº 19-2001-B y Nº 19-2001-C, derivados del proceso penal Nº 19-2001-AV seguido contra Alberto Fujimori Fujimori; en consecuencia, se ordene a la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que admita los recursos conforme al procedimiento establecido en el artículo 40 del Código de Procedimientos Penales y que los vocales supremos que resuelvan dichos recursos sean vocales diferentes a los emplazados. Se alega vulneración del derecho a recurrir las resoluciones judiciales, en conexión con el derecho a la libertad personal.

§ 2. De si existe competencia *ratione materiae* para conocer el fondo de la controversia en un proceso de hábeas corpus

2. Corresponde analizar, en primer término, si el proceso de hábeas corpus es la vía preestablecida para cuestionar la inconstitucionalidad alegada. El artículo 200, inciso 1, de la Constitución, establece que el proceso de hábeas corpus "procede

EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO
Víctor Cubas Villanueva
Primera edición, noviembre 2010
Segunda edición, marzo 2015
Reimpresión, abril 2016

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright: : VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA

© Copyright 2016 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Plaza de la Bandera 125 Lima 21 - Perú
Telf. (511) 637-8902 / 637-8903
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
Palestra Editores SAC

Diseño de carátula y diagramación:
ALAN OMAR BEJARANO NOBLEGA

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.° 2016-04044

ISBN: 978-612-4218-27-9

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú *Printed in Peru*

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS 17
PRESENTACIÓN 19

Capítulo Primero
NOCIONES GENERALES

1. Evolución histórica del Derecho Procesal Penal y sistemas procesales 21
   1.1. El sistema procesal acusatorio 23
      1.1.1. Características fundamentales del sistema acusatorio antiguo 24
   1.2. El sistema procesal inquisitivo 24
      1.2.1. Características del sistema procesal inquisitivo 26
   1.3. El sistema procesal mixto 27
      1.3.1. Características del sistema procesal penal mixto 30
         1.3.1.1. Características en la etapa de instrucción 30
         1.3.1.2. Características de la etapa de juzgamiento 30
   1.4. Nuevos enfoques en el proceso penal: el modelo acusatorio 31
2. Principios del proceso penal en el nuevo Código Procesal Penal 34
   2.1. El principio acusatorio 33
   2.2. El principio de contradicción 40
   2.3. El principio de igualdad de armas 41
   2.4. El principio de inviolabilidad del derecho de defensa 42
   2.5. El principio de la presunción de inocencia 43
   2.6. El principio de publicidad del juicio 45
   2.7. El principio de oralidad 46
   2.8. El principio de inmediación 47
   2.9. El principio de identidad personal 48
   2.10. El principio de unidad y concentración 48
3. Garantías constitucionales del proceso penal 49
   3.1. Nociones generales 49

"Art. 397° .- Correlación entre Acusación y Sentencia

La sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado.

En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el Juez Penal haya dado cumplimiento al numeral 1) del artículo 374.

El Juez Penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación."

CAPÍTULO SÉPTIMO
Los recursos en el sistema penal

1. PRECEPTOS GENERALES

Como sostiene el profesor SAN MARTÍN, la Constitución vigente en el artículo 141° menciona dos recursos: el recurso de casación y sin calificación expresa un recurso de última instancia; asimismo reconoce una garantía específica: la pluralidad de la instancia artículo 139° inciso 6 que según el artículo 11° de la LOPJ es una revisión en una instancia superior de suerte que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Fórmula que la repite el artículo X del Título Preliminar del CPC; a este último recurso se le denomina recurso de apelación, lineamiento que se extiende al orden jurisdiccional penal.

El artículo 139° inciso 6 de la Constitución ubica el recurso dentro de lo que denomina genéricamente "principios y derechos de la función jurisdiccional". Por otra parte la CADH en su artículo 8.2 lo ubica dentro de lo que ampliamente titula Garantías Judiciales, precisando que toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: f) el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. A su vez el artículo 14° .5 del PIDCP 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.

Lo común en los tres textos supremos es que configuran el recurso como un derecho de los justiciables. El derecho de recurrir cuya naturaleza es estrictamente procesal, es un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso y a cualquier título o condición, para que se corrijan los errores del juez, que le causan gravamen o perjuicio. La existencia de la impugnación no

solo obedece a razones de política legislativa sino responde a un imperativo constitucional; incluso es el contenido de un derecho fundamental y, de no estar explícitamente considerado en el artículo 139° inciso 6 implícitamente lo estaría en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional. Ambas normas imponen el deber constitucional de prever recursos e incluso un derecho fundamental de acceso a los mismos de ciertos límites.

La Constitución impone el doble grado de la jurisdicción como mínimo para consagrar la pluralidad de la instancia, lo cual significa que un fallo, cualquiera que fuera su materia o dirección, debe ser objeto de de revisión integral por otra instancia, lo que obviamente importa incorporar forzosamente un recurso de apelación en cuya virtud el juez *ad quem* tenga las mismas posibilidades y poderes del juez *a quo*, situación que únicamente puede lograrse mediante este recurso ordinario.

La Constitución nacional ha incorporado un valor central en el sistema de recursos, que precisamente cumple la apelación: el reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, lo que según FERRAJOLI constituye una garantía esencial del ciudadano y, en particular, en el juicio penal del imputado.

> "El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción. Esta doble instancia es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación del juicio y su reexamen. A falta de doble examen los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan solo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio"[427].

El C de PP de 1940 no dedicó una sección a disposiciones generales sobre la impugnación penal y solamente prevé el recurso de nulidad y el de queja por denegatoria del recurso de nulidad (artículo 292° y ss); normas posteriores se han pronunciado sobre el recurso de apelación respecto de determinadas resoluciones tales como autos de sobreseimiento, autos de libertad provisional, de detención preventiva, de comparecencia, autos que se pronuncian sobre excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, y sobre sentencias en procedimientos sumarios, de querella, sumaria investigación. Por aplicación supletoria del CPC, se incluyen actualmente el recurso de reposición y el de queja contra la denegatoria del recurso de apelación.

[427] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, p. 926.

Como vemos uno de los aspectos más deficitarios del Código de 1940 ha sido el relativo a los medios de impugnación. La ausencia de una sección que los regule sistemáticamente ha sido el principal dato que ha motivado que en el presente Código este aspecto del proceso penal tenga un tratamiento diferente en el Libro Cuarto. Siguiendo la línea trazada en el proyecto de CPP de 1995, la sección primera está dedicada a los preceptos generales, esto es, a los principios y presupuestos comunes a cualquiera de los recursos que el Código contiene, para luego regular el procedimiento correspondiente a cada uno de ellos.

Los medios impugnatorios son instrumentos de naturaleza procesal que deben estar expresamente previstos en la ley, a través de los cuales los sujetos procesales pueden solicitar al órgano jurisdiccional o a su superior jerárquico reexamine una decisión judicial o incluso revise todo un proceso, al considerar que ha sido perjudicado por ellos, buscando con ello la anulación o modificación, total o parcial del objeto de su cuestionamiento.

Según ORTELLS RAMOS, "el medio de impugnación se define como el instrumento legal puesto a disposición de las partes y destinado a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad"[428].

El fundamento de la impugnación no es otro que la falibilidad humana. La impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador y con ello a lograr la eficacia del acto jurisdiccional. "El fundamento que justifica el reconocimiento del derecho a impugnar es la falibilidad humana propia de cualquier persona incluidos los órganos jurisdiccionales, falibilidad que a nivel judicial puede evidenciarse a través de la ocurrencia de vicios o errores, cuyo origen puede ser el desconocimiento o la ignorancia, o la equivocación o hasta el acto doloso, es por ello que los sujetos procesales tienen pleno derecho que dichas decisiones puedan ser objeto de reexamen, en la mayoría de los casos por órganos jurisdiccionales superiores"[429].

La falibilidad del órgano jurisdiccional puede manifestarse o bien a través de errores o bien a través de vicios en los actos procesales que serán objeto de cuestionamiento a través del uso de los medios impugnatorios. Los vicios son consecuencia de una aplicación indebida o inaplicación de una norma procesal que conlleva a la afectación al debido proceso, es decir se trata de yerros procesales o adjetivos; en tanto que los errores son defectos que se producen por la aplicación indebida, inaplicación o interpretación errónea de

[428] Citado por SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, p. 919.

[429] IBERICO CASTAÑEDA, Luis. En: *Materiales de Trabajo*, Academia de la Magistratura. Módulo de Derecho Procesal Penal, Lima, 2008, p. 336.

una norma de derecho material, esto es se trata de yerros sustantivos, es por ello que suele denominarse a los primeros como errores *in procedendo* y a los segundos como errores *in iudicando*.

El principio de legalidad exige tanto resoluciones ajustadas a la ley como materialmente justas, lo cual tiene relación con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional: la resolución judicial debe ser fundada y guardar armonía con la ley y los valores que inspiran el ordenamiento jurídico.

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

1.1. Legitimación de las partes para recurrir

Julio Maier sostiene que los recursos constituyen una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior.

El recurso contra la sentencia no tiene carácter bilateral, sino que es un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal. Si se tiene en cuenta que todo el sistema de garantías se ha construido para evitar que el Estado abuse o haga una aplicación arbitraria de su poder penal; además, y que el proceso penal constituye una obra estatal contra una persona, entonces el recurso en cuanto garantía concreta del perseguido penalmente solo puede ser obra suya y en la medida en que resulte condenado. Por lo demás si se permite el recurso al acusador, en caso que éste gane, la condena de la segunda instancia, en rigor sería una primera, respecto de la cual el imputado tendría derecho a una doble conformidad, de suerte que el sistema bilateral de recursos implicaría un *regressus in infinitum* en mérito a que el fiscal siempre podría lograr un fallo condenatorio en alguna instancia del procedimiento.

Cafferata Nores sostiene que el proceso penal también apunta a garantizar el derecho de justicia de las víctimas, quienes además tienen derecho a un tribunal independiente, objetivo e imparcial, la representación de la sociedad encomendada al Ministerio Público y la posibilidad que éste actué concurrentemente a favor de las víctimas, no puede negarse en modo alguno.

Reitera que estos derechos podrían ser lesionados por sentencias radicalmente arbitrarias o dictadas por un órgano jurisdiccional parcializado, por lo que la bilateralidad de los recursos no puede negarse[448].

1.2. Presupuestos de la impugnación

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

Los presupuestos subjetivos son los siguientes:

1. *El agravio*. Gravamen o interés directo el cual exige que la resolución cuestionada cause una lesión al interés del impugnante, así está previsto en el artículo 405° .1. a. El gravamen es cualquier diferencia en perjuicio entre lo pretendido o lo admitido y reconocido previamente por la parte y lo concedido por la resolución, y que para estos efectos el perjuicio proviene de la parte dispositiva de la resolución y no de sus fundamentos.

2. *El carácter de parte*. La impugnación está reservada a las partes (artículo 405° .1.b) porque son ellas las que pueden resultar agraviadas o lesionadas con la decisión judicial. Es posible aceptar legitimación a quienes sin ser partes puedan ser afectadas indirectamente por una resolución judicial, como los intervinientes accesorios, el afectado con una medida de embargo, el testigo afectado con un impedimento de salida; sobre lo expuesto es necesario puntualizar lo siguiente: i) El Ministerio Público por su calidad de órgano promotor de la justicia puede impugnar inclusive a favor del imputado (artículo 405° .1.a) entendiéndose que como defensor de la legalidad una afectación al ordenamiento jurídico lo afecta directamente; ii) El abogado defensor tiene personería para impugnar en nombre del imputado o de su defendido, en el que incluye al actor civil y al responsable civil (artículo 404° .3); y que iii) El derecho de recurrir corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos (artículo 404° .2)

En cuanto a los presupuestos objetivos, tenemos los siguientes:

1. El acto impugnatorio. El artículo 404° establece que las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley. Así tenemos que:

a) Recurso de reposición procede contra los decretos.
b) El recurso de apelación procede contra las sentencias, los autos de sobreseimiento y las resoluciones que expresamente dispone el Código.
c) El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

[448] Cfr. San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 932, 933.

d) Recurso de queja de Derecho procede contra la resolución del juez que declara inadmisible el recurso de apelación y contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación.

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

Con relación a los plazos el artículo 414° establece lo siguiente:

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

La impugnación tiene que expresar los motivos o fundamentos, el artículo 405° .1.c establece que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

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

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

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

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

3. Que la impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.

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

1.3. Clasificación de los recursos

La clasificación más conocida divide a los recursos en ordinarios y extraordinarios.

1. Los Recursos Ordinarios.- se dan con cierto carácter de normalidad dentro del proceso, proceden libremente, sin exigencias adicionales. Ej.: El recurso de apelación.
2. Los Extraordinarios son excepcionales, limitados, solo proceden contra determinadas resoluciones y por motivos tasados en la ley. Por ejemplo, el recurso de Casación.

2. RECURSOS PREVISTOS EN NUESTRO SISTEMA PENAL.

2.1. Recurso de Reposición

Está regulado por el artículo 415° del CPP que establece: "*El recurso de reposición procede contra los decretos, a fin de que el juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda.*" Se trata de resoluciones de menor importancia, aquellas que impulsan el desarrollo del proceso. Este recurso puede interponerse ante cualquier tribunal, que este a cargo del proceso conforme a su competencia funcional, vale decir que procede tanto durante el curso de la investigación como del juzgamiento.

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

a) Durante las audiencias sólo será admisible contra todo tipo de resolución, salvo las finales. El juez las resolverá en ese mismo acto sin suspender la audiencia.

b) Si interpuesto el recurso el juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente inadmisible, lo declarará así sin más trámite.
c) Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas. Si el juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.
d) El auto que resuelve la reposición es inimpugnable.

2.2. Recurso de Apelación

En abstracto, el recurso de apelación puede dirigirse contra resoluciones interlocutorias, que realizan la dirección del proceso y contra la sentencia final de una instancia del proceso. Este recurso cuando está radicado en las sentencias es el mecanismo procesal para conseguir el doble grado de la jurisdicción, que configura la segunda instancia a que hace referencia el artículo 139° inciso 6 de la Constitución y el artículo 11° de la LOPJ.

El recurso de apelación es el medio de impugnación de resoluciones judiciales por el que se pretende que el órgano jurisdiccional superior jerárquico del que dictó la resolución apelada valore los planteamientos del recurrente y deje sin efecto la resolución recurrida o la sustituya por otra que sea acorde con la ley. Este recurso es el que mayores garantías ofrece a las partes, pues debido a su carácter de recurso ordinario: no necesita fundarse en causa legal preestablecidá y en él pueden aducirse la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales sufridos en la sentencia o en las actuaciones de primera instancia.

Claus Roxin, refiere que la apelación es un recurso amplio que conduce al examen fáctico y jurídico[441]. El recurso de apelación es el medio habilitado por el legislador para trasladar una resolución judicial de primera instancia a la segunda instancia, a través del cual el superior jerárquico puede revisar no solo los resultados del órgano inferior, sino también su actividad procesal. Así pues, la apelación permite que el órgano competente para conocer de la segunda instancia de un proceso pueda tomar en cuenta tanto la aplicación que se hubiese realizado del Derecho sustantivo como del Derecho Procesal[442].

En nuestro nuevo ordenamiento procesal penal, la apelación es un recurso con efecto devolutivo, responde al principio dispositivo ampliado, porque si bien la capacidad de *re examen* del *ad quem*, de acuerdo a lo establecido por

[441] Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000, p. 456.

[442] Vilela Carbajal, Karla Patricia Maribel. *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. 1ª edición, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 67.

el inciso primero del artículo 419° está constreñida únicamente a lo que es la materia impugnada (principio de congruencia). Sin embargo, también podrá declarar la nulidad de la resolución cuestionada en caso advierta nulidades sustanciales o absolutas en la tramitación del proceso en primera instancia, aunque éstas no hayan sido materia de denuncia por el impugnante (artículo 409°); claro está, siempre y cuando se trate de una nulidad trascendente que haya implicado una situación de indefensión para las partes[443].

Según el artículo 416° del CPP el recurso de apelación procederá contra:

a) Las sentencias;
b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia;
c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;
d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva;
e) Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

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

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

2.2.1.Facultades de la Sala Penal Superior

La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias

[443] Iberico Castañeda, Luis Fernando. *Curso "Nuevo Código procesal Penal" impartido por la Academia de la Magistratura*, p. 188.

absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria. Bastan dos votos conformes para absolver el grado.

2.2.2. *Trámite en la apelación de autos*

1. Recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días.
2. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el recurso podrá rechazarlo de plano. El auto que declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición. En caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, y se señalará día y hora para la audiencia de apelación.
3. Antes de la notificación de dicho decreto, el Ministerio Público y los demás sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso. Excepcionalmente la Sala podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.
4. A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales. En la audiencia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes; el acusado, tendrá derecho a la última palabra.
5. En cualquier momento de la audiencia, la Sala podrá formular preguntas al fiscal o a los abogados de los demás sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida. La Sala absolverá el grado en el plazo de veinte días.

2.2.3. *Trámite en la apelación de sentencias*

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

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

a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;

b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,
c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

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

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

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

2.2.3.1. *Emplazamiento para la audiencia de apelación*

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

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

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

2.2.3.2. *Audiencia de apelación*

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

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

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

2.2.3.3. Sentencia de segunda instancia

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

La Sala Penal Superior 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.

La sentencia de segunda instancia puede:

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

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

*2.2.3.4. **Nulidad del juicio***

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

2.2.4 El Problema de la Condena del Absuelto.

Analizando las normas que regulan el sistema de impugnación en el CPP (artículos 404° a 445°), y en especial, los artículos 416° a 426° (apelación), podemos llegar al consenso que el legislador nacional ha acogido un modelo mixto, con características propias:

1. La apelación se concibe como una continuación del juicio de primera instancia, configurándose de tal manera una "segunda instancia", donde priman los principios de oralidad, contradicción, e inmediación.
2. Si bien es cierto, no se acoge un modelo amplio de aportación de medios probatorios en segunda instancia, se muestra flexible tal posibilidad, esto es así, pues se permite la introducción de nueva prueba, pero limitada a aquella que no se pudo aportar y/o actuar, por causa no atribuible al sujeto que impugna[444].
3. Nuestro modelo permite que el Tribunal que "conoce" la causa, no solo pueda revisar la legalidad de la decisión impugnada, sino que tiene amplia facultades de decisión "pudiendo" incluso condenar al absuelto, ello se deriva de la existencia de la "**audiencia de apelación**" y la posibilidad de aportar nuevos medios probatorios con las limitaciones señaladas" [445]

La Condena del absuelto. Posiciones.

EL Libro IV del CPP, recoge normas referidas a la impugnación en general y, en particular, las clases de recursos que se pueden interponer; ahora bien, en los artículos 419° inciso 2 y 425° inciso 3, literal b, regula el **Recurso de Apelación** para revocar las resoluciones expedidas en primera instancia, permitiendo inclusive **condenar en segunda instancia, al absuelto previamente**, sin posibilidad de poder impugnar tal fallo (vía un recurso ordinario) y a este respecto se tiene las siguientes posiciones:

---

444 Artículo 422.- Pruebas en Segunda Instancia.-
1. El escrito de ofrecimiento de pruebas deberá indicar específicamente, bajo sanción de inadmisibilidad, el aporte que espera de la prueba ofrecida.
2. 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.

445 Cfr. Neyra Flores, José Antonio. Op.cit. p.389.

I.- La tesis de condenar al absuelto lesiona garantías básicas del sistema procesal.

Desde la presente postura, se sostiene que:

1. Tal precepto contraviene el mandato del artículo 14° inciso 5 del PIDCP[466].
2. Que la sentencia emitida en tal supuesto no tiene un mecanismo ordinario de revisión, solo puede ser impugnada en casación en supuestos excepcionales.
3. El juicio de apelación —que permite la condena— no se ajusta a las exigencias de la segunda instancia; existiendo graves afectaciones a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y aportación de pruebas.

II.- La tesis de condenar al absuelto no lesiona garantías básicas del sistema procesal.

Desde tal postura se argumenta que:

1. La pluralidad de instancias se cumple con el doble grado de jurisdicción, no siendo tal principio ilimitado en un Estado de Derecho.
2. La condena del absuelto se construye a partir de la realización de una audiencia pública, donde priman los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad. Debiéndose maximizar tales "garantías".
3. Se propugna la no interpretación literal del PIDCP.

La primera postura ha sido asumida por la Sala Superior Penal de Arequipa, que declaró —vía control difuso— inaplicable el artículo 425.3 del NCPP, en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión[467] y originó la Consulta N° 2491-2010, en el **Caso Jorge Ccanahuire**. La Sala Superior a pesar de tener la posibilidad de revocar la absolución e imponer una sentencia condenatoria al procesado, de conformidad con el artículo 425.3 (b) del Código Procesal Penal[468], niega tal posibilidad en virtud a la posible inconstitucionalidad de la disposición citada, aplicando el control difuso previsto en

[466] "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".

[467] Neyra Flores, *Op.cit.*

[468] Artículo 425. Sentencia de Segunda Instancia.-
(...)
3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede
(...)

los artículos 51° y 138°[469] de la Constitución Política, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, además de lo establecido en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus párrafos primero y tercero. Consecuentemente, se decidió por la nulidad de la sentencia de primera instancia y además declaró inaplicable vía control difuso el artículo 425.3. (b) del CPP[470]. Las razones de inconstitucionalidad expuestas fueron las siguientes:

1. Condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una resolución afectando el principio de proscripción de la ***reformatio in peius***, que sería legal si existiera un tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación, como lo señala el derecho constitucional nacional y el fundamental de los derechos humanos (Arts. 10° y 11° DUDH; Arts. 4°, 14° y 15° PIDCP, Art. 8°.2 de CADH). No resultando suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta del recurso de apelación.
2. La pluralidad de instancias "constituye una garantía consustancial del debido proceso, mediante el cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera se permita que lo resuelto por aquel, cuando menos sea objeto de un doble pronunciamiento";

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, al absolver la consulta originada por la inaplicación "por inconsti-

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 (...)"

[469] Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado. Art. 138. (....) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

[470] LOPJ Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución
(...) cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece (...).

tucionalidad" del artículo 425.3 (b) del CPP, **decidió desaprobar la resolución consultada** y dispuso que la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa expida un nuevo pronunciamiento; fundamentó su decisión en lo siguiente:

1. Que en el caso de condenar en segunda instancia a un procesado que previamente se absolvió, no se trata de un tema de *reformartio in peius* ni de afectación a la instancia plural, habida cuenta el doble grado de jurisdicción se cumple cuando por intermedio de la impugnación se somete a un órgano superior la revisión plena del juicio llevado a cabo por el *a quo*.
2. Asimismo, resalta que la *reformatio in peius* no funciona en los supuestos en que el contrario hubiera apelado la sentencia, entendiéndose al principio de pluralidad de instancias en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora.

Estamos de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, pues consideramos que en el "Caso de la Condena del Absuelto" no se está violentando el principio de proscripción a la reformatio in peius, ni la pluralidad de instancias, dado que el primero opera para no empeorar la situación jurídica del apelante cuando él promueve la apelación, lo que no sucedió en el presente caso (impugnó el Representante del Ministerio Público), y en cuanto al segundo principio, en el CPP se acoge una suerte de doble instancia, lo que imposibilita la regulación de una "tercera instancia"[451]; sin embargo, **no se puede negar que la reforma de una sentencia absolutoria por una de condena en segunda instancia es un tema polémico,** pues se ingresa a la problemática de la prueba en segunda instancia y al cuestionamiento sobre la inmediación[452].

En este orden de ideas, debe estarse a reglas claras que permitan desarrollar la segunda instancia con garantías necesarias, primando los principios de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción; que deben gobernar la etapa impugnatoria, además de poner un "cerrojo" a la práctica de pruebas en tal instancia, y eso es lo que vemos en las normas que forman parte del Código Procesal Penal, así por ejemplo, se dispone en el artículo 425° inciso 2 que la Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en

451. Creemos que la Sala Penal de Arequipa al hacer referencia al principio de proscripción de la reformatio in peius, y al derecho a la pluralidad de instancia, ha tomado muy en cuenta la doctrina argentina, que enfoca la problemática de la condena del absuelto como una necesidad de "doble conformidad"; sin embargo, como ya se ha señalado tal sistema procesal, viene marcado por instituciones del proceso anglosajón, que difícilmente puede recepcionarse en el nuestro. Cfr. Agustina Sienra Martínez. Op.cit.p.201. De manera similar: Maier. Op.cit. 727 y 728.

452. Talavera Elguera, Pablo. *"La sentencia penal en el Nuevo Código Procesal Penal"*. GTZ. Lima-Perú. Primera Edición, Diciembre de 2010.p.127.

la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada; disponiéndose que la Sala no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. La actuación de medios probatorios en segunda instancia, se realizan pero excepcionalmente.

No debe olvidarse que la posibilidad de una sentencia condenatoria en segunda instancia, es consecuencia de un solo procedimiento, donde se impone a la tesis acusatoria diversos filtros desde un inicio (por ejemplo: la audiencia de control de acusación), buscando evitar imputaciones sin sustento y arbitrariedades en un fallo final (pero no se niega tal supuesto); por su parte, debe tenerse presente que las "reglas de juego" en segunda instancia son para ambas partes (acusado y acusador), y por eso somos de la opinión que los análisis que se realizan en contra de "una condena del absuelto" afirmando la admisión de pruebas sin audiencia, o la carencia de inmediación de algunas pruebas personales, son infundadas[453]; el sistema procesal actual garantiza la igualdad procesal y eso se evidencia en la presente etapa procesal.

Por lo tanto, creemos conjuntamente con el Profesor San Martín Castro que en "la doble instancia como principio constitucional en el orden procesal resulta imprescindible otorgar al juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto por el Juez *a quo*"[454].

La tesis de la condena del absuelto en la jurisprudencia internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El 18 de marzo de 1996, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** recibió una denuncia presentada por **Carlos Alberto Mohamed** y el abogado Roque J. Mantione " a la que se le asignó el número 11.618.

2. En la denuncia se alegó la responsabilidad internacional de la República Argentina por cuanto en el proceso en el que se juzgó al señor Mohamed por homicidio culposo, **no se habría garantizado el derecho de acceder a un recurso que revisara su sentencia condenatoria,** dado que el 30 de agosto de 1994, el Juez de la causa dictó sentencia "absolviendo de culpa y cargo a Oscar Alberto Mohamed por el delito de homicidio culposo previsto y reprimido en el artículo 84 del Código Penal (...)." La sentencia fue apelada por el Fiscal. El conocimiento del recurso ingresó para su consideración en la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, **que**

453. Oré Guardia, Arsenio. (Informes citados)

454. San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal.* Tomo II. Grijley Editores. Abril 2006. Lima-Perú.p.985.

luego condenó en segunda instancia, presuntamente sin acceso a un recurso de revisión posterior.

66. Los peticionarios alegan que, el Sr. Mohamed **tenía derecho a que se revisara la sentencia condenatoria dictada en su contra por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones.** Aducen que interpusieron el recurso extraordinario, que fue rechazado sin haber entrado a analizar el fondo del mismo, constituyendo ello una violación al derecho a que su condena fuese revisada. 67. Por su parte el Estado argumenta que el Sr. Mohamed fue procesado en dos instancias en las cuales se respetaron todas las garantías del debido proceso legal, por lo cual no habría violación al artículo 8 y que no existe en el derecho internacional una exigencia para que los Estados provean una instancia ulterior de revisión de una condena emitida por un Tribunal de Apelaciones.

69. El derecho a recurrir un fallo ante un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía es una garantía fundamental en el marco del debido proceso legal, cuya finalidad es evitar que se consolide una situación de injusticia. De acuerdo a la jurisprudencia interamericana, el objetivo de este derecho es ***"evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona"***. El Debido proceso legal carecería de eficacia sin el derecho a la defensa en juicio y la oportunidad de defenderse contra una sentencia mediante una revisión adecuada.

70. La CIDH observa que, ante una sentencia condenatoria, el texto del artículo 8.2.h. no establece una distinción expresa entre etapas procesales para el ejercicio del derecho a recurrir del fallo. 73. La garantía establecida en el artículo 8.2.h. no está limitada a una etapa procesal, sino que **se establece con el fin de que una sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior**, así se trate de una condena impuesta en única, primera o segunda instancia. 74. De acuerdo con el análisis precedente, la CIDH considera que el artículo 8.2.h. **reconoce el derecho del Sr. Mohamed de recurrir del fallo de la Cámara de Apelaciones que lo condenó por el delito de homicidio culposo.**

75. 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**. Además, **debe ser** *accesible*, **sin requerir mayores formalidades que tornen ilusorio el derecho.**

76. La Comisión resalta que la eficacia del recurso se encuentra estrechamente vinculada con el alcance de la revisión. Esto, debido a que la falibilidad de las autoridades judiciales y la posibilidad de que cometan errores que generen una situación de injusticia, no se limita a la aplicación de la ley, sino que incluye otros aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria. De esta manera, **el recurso será eficaz para lograr la finalidad para el cual fue concebido, si permite una revisión sobre tales cuestiones, sin limitar *a priori* su procedencia a determinados extremos de la actuación de la autoridad judicial.**

78. Por su parte, el **Comité de Derechos Humanos del PIDCP** ha establecido reiteradamente que:

El derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior, establecido en el párrafo 5 del artículo 14, impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto.

80. En la misma línea de lo establecido por el Comité de Derechos Humanos del PIDCP, la CIDH destaca que el derecho a recurrir no implica necesariamente un nuevo juicio o una nueva "audiencia" si el tribunal que realiza la revisión no está impedido de estudiar los hechos de la causa. Lo que exige la norma es la posibilidad de señalar y obtener respuesta sobre errores de diverso orden que hubiera podido cometer el juez o tribunal, sin excluir *a priori* ciertas categorías como los hechos, el derecho y la valoración y recepción de la prueba. La forma y los medios a través de los cuales se realice la revisión dependerán de la naturaleza de las cuestiones en debate así como de las particularidades del sistema procesal penal en el Estado concernido.

81. Cabe mencionar que la Convención Americana "no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional".

103. **La Corte Interamericana** ha señalado que **en el derecho de gentes**, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma

aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente.

104. Asimismo, la Corte ha indicado que este principio, recogido en su artículo 2, establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).

107. La Comisión es consciente que **los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley** y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de **"control de convencionalidad"** entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En virtud de las consideraciones de hecho y derecho expuestas a lo largo del presente informe, **la Comisión Interamericana**, durante su 140 Período Ordinario de Sesiones, **concluye que el Estado de Argentina violó el derecho de Oscar Alberto Mohamed al respeto del principio de legalidad, a un debido proceso y a las garantías consagrados en los artículos 9, 8.2.h y c. y 25.1 de la Convención Americana** en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. La Comisión concluye asimismo, que el Estado argentino violó el artículo 2 de la Convención Americana.

Jurisprudencia
MOTIVACIÓN INCONGRUENTE DE LA SENTENCIA[455]
Expediente N° 09-2008
Primera Sala Penal de Apelación La Libertad
La sentencia adolece de serias deficiencias de argumentación, como es la falta de motivación interna del razonamiento, pues, tenemos que tiene dos premisas contradictorias y una conclusión que en modo alguno se acerca a lo expresado por estas premisas. La primera premisa, convencimiento de la realización del

[455] Taboada Pilco, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Reforma SAC., Lima, p. 523.

tipo objetivo (atribución falsa de delitos), la segunda, convencimiento sobre la no responsabilidad de los querellados por falta del elemento subjetivo del tipo penal, y tercero, que señala que en lo actuado se ha generado duda razonable sobre la responsabilidad penal de los querellados. Una sentencia penal no puede tener una conclusión válida, si es que parte de tres premisas diferentes: una que dice haber delito a nivel objetivo, otra que dice no haber delito a nivel subjetivo, y la tercera, que dice no haber delito por caso de duda razonable, siendo esto así, se evidencia que existe vulneración al deber de motivar por falta de motivación interna de razonamiento de su doble dimensión, pues se llega a una conclusión que es completamente diferente a lo expresado por las premisas, las mismas que son en todo su contenido contradictorias y también por la incoherencia y la narrativa al confundir al querellado con el querellante.

MOTIVACIÓN APARENTE DE LA SENTENCIA[456]
Expediente N° 043-2008
Primera Sala Penal de Apelación La Libertad
El *Ad quo* solo se limita a argumentar que para acreditar la edad de un menor el único documento idóneo es la partida de nacimiento, o un reconocimiento supletorio de la edad, sin tener expresado los motivos por los cuales no se ha valorado la versión de la menor agraviada, su hermana mayor de 09 años y la de su madre, así como el certificado médico y los protocolos de pericia psicológica, que acreditaban la edad de la menor, esto es, por cualquier medio de prueba permitido por ley, dado que el artículo 157.2° del CPP restringe los límites probatorios del proceso penal establecidos en las leyes civiles, solo en caso del estado civil y la ciudadanía, más no en el presente caso.
No es cualquier respuesta la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que es necesario que ésta, además de ser clara, deba encontrarse debidamente motivada, tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica. Derecho que no solo le corresponde al imputado, contra quien se dirige la persecución penal (razón de ser del proceso), sino también a todos los sujetos procesales que tengan un interés propio en el proceso, es decir el agraviado, actor civil y el tercero civilmente responsable. Siendo así que no solo se debe fundamentar en derecho la sentencia condenatoria, sino también la absolutoria; y, la primera, no solo en su aspecto eminentemente penal sino también en lo que corresponde a la pena y a la reparación civil, porque es que se impone su monto o porque es que se niega su imposición.

2.3. Recurso de Casación

Etimológicamente, casación proviene de la locución latina *"casare"* que significa quebrar, romper o quebrantar legalmente el curso del proceso. Según

[456] Taboada Pilco, Giammpol. Ob. Cit., p. 529.

Cabanellas la casación es la acción de anular y declarar sin ningún efecto un acto o documento[457].

Francia es la cuna indiscutible de la casación, esta institución nació para cumplir una función política y no jurisdiccional. Después de la Revolución Francesa se creó el Tribunal de Casación, como un órgano del Poder Legislativo, y su función era ejercer un control sobre la labor de los jueces anulando las sentencias en último grado, cuando contravenían el texto expreso de la ley. Luego, el Tribunal de Casación fue ubicado en el ámbito jurisdiccional, como es hasta la actualidad.

En el Perú, la Corte Suprema como órgano de Casación, recién empieza a cumplir esta función con la vigencia del CPC, que estableció este recurso de conformidad con lo dispuesto por el artículo 241° de la Constitución Política del Estado de 1979.

Según refiere Giovanni LEONE, el recurso de casación es el medio de impugnación por el cual una de las partes, por motivos específicamente previstos, pide a la Suprema Corte de casación la anulación de una decisión que le es desfavorable. En un medio ordinario, devolutivo, suspensivo[458].

El recurso de casación tiene la misma función y significado en el proceso penal que el proceso civil; por consiguiente, el concepto de casación en uno y otro orden procesal es el mismo. Se trata obviamente de un medio de impugnación extraordinario con motivos tasados. Con él se pretende la nulidad de la sentencia (casación por infracción penal) o del proceso y, consiguientemente, de la sentencia (casación por quebrantamiento de forma)[459].

El recurso de casación penal tiene una función predominantemente parciaria en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales, aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomofiláctica) y unificadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas[460].

Con carácter general el acceso a este recurso se circunscribe a las resoluciones definitivas. En concreto, el ordenamiento procesal peruano dictamina que contra las sentencias dictadas en apelación por las Cortes Superiores

[457] CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II. 16ª edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 96.

[458] LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal* Tomo III *Impugnaciones Proceso de Prevención Criminal. Ejecución*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 180.

[459] GIMENO SENDRA, Vicente; Víctor MORENO CATENA y Valentín CORTES DOMÍNGUEZ. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición reformada y actualizada. Colex, septiembre de 1999, p. 740.

[460] GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Ob. cit., p. 740.

es admisible el recurso extraordinario de casación, que permite hacer valer exclusivamente las causas de nulidad y de anulabilidad procesal, tanto las establecidas en leyes ordinarias, como las resultantes de la infracción de los derechos fundamentales, reconocidos en el artículo 139° de la Constitución Política del Estado[461].

SAN MARTÍN CASTRO, citando a MORENO CATENA, señala tres notas esenciales del recurso de casación:

a) Se trata de un recurso jurisdiccional, de conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema.
b) Es un recurso extraordinario, desde que no cabe sino contra determinadas resoluciones (...) y por motivos estrictamente tasados, regido además por un comprensible rigor formal.
c) No constituye una tercera instancia, ni una segunda apelación, porque, de un lado, el órgano de la casación no enjuicia en realidad sobre las pretensiones de las partes sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia; y, de otro, por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal[462].

2.3.1. *Sistemas casatorios*

- Sistema Francés: Reenvía el expediente al mismo Tribunal donde se dictó la sentencia o a otro de igual jerarquía o grado para que emita un nuevo fallo.
- Sistema Alemán: Permite que el mismo Tribunal de Casación decida, sin reenvío, salvo que considere que no puede hacerlo sin un nuevo procedimiento; en este caso, remite lo actuado al juez de origen.
- Sistema Español: El Supremo Tribunal que casa la sentencia, debe resolver lo que corresponda, se evita en lo posible el reenvío, salvo que se trate de un vicio *in procedendo* que hace inevitable la devolución al juzgador.

2.3.2. *Funciones*

- La función nomofiláctica: que implica la competencia del Tribunal Supremo de efectuar un control de legalidad, a fin de verificar que las instancias de mérito han aplicado las normas pertinentes para resolver el conflicto y la aplicación de las mismas ha respondido a una correcta interpretación de su sentido.

[461] VILELA CARBAJAL, Karla Patricia Maribel. *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. 1ª edición. Palestra Editores, Lima, 2007, p. 77.

[462] SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. 2ª edición actualizada y aumentada. Grijley, Lima, 2003, pp. 991, 992.

- Función uniformadora: que está relacionada a la unificación de la jurisprudencia nacional con efectos vinculantes a fin de obtener una justicia más predecible y menos arbitraria.
- Función dikelógica: se produce cuando el recurso de casación ha sido estructurado para lograr la obtención de la justicia en el caso, procurando la protección del litigante.
- Función de control de logicidad o de razonamiento judicial: Esta finalidad está referida al control a cargo de la sala casatoria con relación al razonamiento empleado por las instancias de mérito para fundamentar sus decisiones jurisdiccionales, verificando que tal razonamiento haya sido acorde con las reglas de la lógica, cuidando de que tales decisiones no adolezcan de defectos en su fundamentación o no hayan cumplido con el principio de congruencia. A los errores de razonamiento suele denominarse errores *in cogitando*.

El nuevo CPP ha asignado al recurso de casación tanto la función nomofiláctica, unificadora como la de control de logicidad, y de acuerdo a nuestro criterio no ha acogido la función dikelógica[403].

Atendiendo a las dos primeras funciones, según refiere Sánchez Palacios, el recurso de casación busca proteger:

- La igualdad ante la ley, que es un derecho constitucional, que se expresa en el aforismo "a la misma razón el mismo derecho". Y,
- Preservar los principios de seguridad y certidumbre jurídicas.

Esto quiere decir que de acuerdo a nuestro ordenamiento, prima el interés colectivo de la exacta interpretación de la ley sobre el interés privado de la parte recurrente, de donde se deriva que el objeto de la casación no es tanto enmendar el perjuicio o el agravio inferido a un particular, o remediar la vulneración del interés privado, como atender la recta, verdadera, general y uniforme aplicación de las leyes y doctrinas legales. El *jus contitutiones* prima sobre el *jus litigatoris*[404].

2.3.3. *Procedencia*

Según lo dispuesto por el artículo 427° del CPP el recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o

[403] Ibérico Castañeda, Luis Fernando. Curso *"nuevo Código Procesal Penal"*. Academia de la Magistratura. Programa de capacitación en la modalidad de educación a distancia, pp. 191, 192.

[404] Sánchez Palacios Paiva, Manuel. "Causales sustantivas de casación". En: *Cuadernos Jurisdiccionales*. Asociación No Hay Derecho. Ediciones Legales, Lima, abril 2000, p. 20.

denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

La procedencia del recurso de casación, en los supuestos antes indicados está sujeta a las siguientes limitaciones:

1) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
2) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.
3) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.

Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente. Finalmente, de manera excepcional, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

2.3.4. *Desestimación*

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 428° la Sala Penal de la Corte Suprema declarará la inadmisibilidad del recurso de casación cuando:

a) No se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos 405° y 429°,
b) Se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el Código;
c) Se refiere a resoluciones no impugnables en casación; y,
d) El recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; o, si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.

También declarará la inadmisibilidad del recurso cuando:

a) Carezca manifiestamente de fundamento;
b) Se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida.

2.3.5. *Causales*

Según el artículo 429° son causales para interponer recurso de casación:

1) Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.

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

2.3.6. *Interposición y admisión*

El recurso de casación, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.

Interpuesto recurso de casación, la Sala Penal Superior sólo podrá declarar su inadmisibilidad en los supuestos previstos en el artículo 405° o cuando se invoquen causales distintas de los enumerados en el Código.

Si la Sala Penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un Distrito Judicial distinto de Lima, fijen nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación.

Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo. Esta resolución se expedirá dentro del plazo de veinte días. Bastan tres votos para decidir si procede conocer el fondo del asunto.

2.3.7. *Preparación y audiencia*

Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar alegatos ampliatorios. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación. Instalada la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente, luego de lo cual informarán los abogados de las partes recurridas. Si asiste el imputado, se le concederá la palabra en último término. Culminada la audiencia, la sentencia se expedirá en el plazo de veinte días. El recurso de casación se resuelve con cuatro votos conformes.

2.3.8. *Competencia*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 432° del CPP el recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso sólo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso. La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos. Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria.

2.3.9. *Contenido de la sentencia casatoria y pleno casatorio*

Si la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la sentencia o auto recurridos, podrá decidir por sí el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, u ordenar el reenvió del proceso.

Si opta por la anulación sin reenvío en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido. Si decide la anulación con reenvío, indicará el juez o Sala Penal Superior competente y el acto procesal que deba renovarse.

La Sala Penal Suprema de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

2.3.10. *Efectos de la anulación*

La anulación del auto o sentencia recurridos podrá ser total o parcial. Si no han anulado todas las disposiciones de la sentencia impugnada, ésta tendrá valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte

anulada. La Sala Penal de la Corte Suprema declarará en la parte resolutiva de la sentencia casatoria, qué partes de la sentencia impugnada adquieren ejecutoria.

2.3.11. *Libertad del imputado*

Cuando por efecto de la casación del auto o sentencia recurridos deba cesar la detención del procesado, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenará directamente la libertad; de igual modo procederá, respecto de otras medidas de coerción.

2.3.12. *Improcedencia de recursos*

La sentencia casatoria no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la acción de revisión de la sentencia condenatoria prevista en este Código.

Jurisprudencia

IMPRECISIÓN DEL AGRAVIADO DEL RECURSO DE CASACIÓN[805]

Casación N° 02-2007 Huaura

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

Aún cuando es posible deducir que lo que invoca el imputado es la causal de infracción del precepto constitucional de carácter procesal, reconocida en el inciso uno del artículo cuatrocientos veinte del nuevo Código Procesal Penal, no ha expuesto el fundamento específico en función a sus alcances normativos predeterminados; que no solo no indicó nada en particular respecto a la infracción al derecho o garantía de defensa procesal, sino que, respecto a la garantía del derecho a la presunción de inocencia, no ha identificado el aspecto o ámbito de ese derecho fundamental que se ha vulnerado a los efectos de su control constitucional en vía casatoria.

COGNICIÓN LIMITADA DEL RECURSO DE CASACIÓN[806]

Casación N° 04-2008 Huaura

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

En el caso concreto, la defensa del recurrente no ha precisado los motivos casacionales ni especifica su pretensión impugnativa, mas bien, su recurso está dirigido a que este Supremo Tribunal realice un análisis de los medios de prueba, que no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación, que no es posible hacerlo en virtud de los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rige la actividad probatoria.

[805] TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y Buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Reforma SAC., Lima, p. 544.

[806] TABOADA PILCO, Giammpol. *Ob. Cit.*, p. 546

JUICIO RESCIDENTE EN LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN[807]

Casación N° 05-2007 Huaura

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

En el presente caso no es aceptable la técnica de la remisión, pues existe un cuestionamiento a la completitud de la prueba —tanto testifical como pericial—, y una invocación a la necesidad de apreciar el conjunto de declaraciones del agraviada y a lo que del testigo de cargo anotó el recurrente, datos o precisiones no consolidadas en la sentencia de primera instancia. En tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia no absolvió debidamente los motivos del recurso de apelación centrados en un error en la apreciación de la prueba de cargo. Vulneró, en consecuencia, la garantía de motivación, en concreto el principio de razón suficiente. No justifico la razón de la pretensión impugnativa del imputado Giralda Romero. Sobre esa base, y como hace falta realizar nuevamente una audiencia de apelación que dé lugar a un fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, la estimación del recurso de casación solo trae consigo un juicio rescindete —artículo cuatrocientos treinta y tres, inciso uno del nuevo Código Procesal Penal.

VULNERACIÓN AL PRINCIPIO LÓGICO DE RAZÓN SUFICIENTE[808]

Casación N° 12-2007 Huaura

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

Motivación insuficiente se presentaría cuando se vulnera el principio lógico de razón suficiente, esto es, cuando no se cumple una de las dos condiciones necesarias para su existencia: a) la referencia al material probatorio en que se fundan las condiciones del fallo con descripción de los elementos de prueba correspondientes —se utilizan formularios o frases rutinarias, se hace un simple relato de los hechos imputados sin base material en la causa, o se mencionan relatos insustanciales— o b) no se incorpora o expresa la ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporan en la sentencia.

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 13-2009
LA LIBERTAD

Lima, veintitrés de abril de dos mil diez.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por errónea interpretación de la ley penal e inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal interpuesto por los acusados WILSON DANTE CRUZ RODRÍGUEZ Y EDUARDO JESÚS PLASENCIA ALVARADO contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y cuatro, del cuatro de febrero de dos mil nueve, del cuaderno de apelación, que confirmando y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento veinticinco, del veintidós de octubre de dos mil ocho, del mismo cuaderno, los

[807] Ibid., p. 548.

[808] Ibid., p. 424.

condenó por delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos —entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos— en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, así como fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor del Estado. Interviene como ponente el señor Lecaros Cornejo.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO. Los encausados Wilson Dante Cruz Rodríguez y Eduardo Jesús Plasencia Alvarado fueron procesados penalmente con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal —en adelante NCCP—. Se le inculpó formalmente por delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en su modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, en agravio del Estado y se dispuso formalizar la investigación preparatoria en ese sentido.

SEGUNDO. El señor Fiscal Provincial por requerimiento de fojas cinco, del quince de febrero de dos mil ocho formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria. Una vez que se llevó a cabo la audiencia preliminar del control de acusación, el Juez de Investigación Preparatoria emitió el auto de enjuiciamiento de fojas doce, del nueve de mayo de dos mil ocho y el Juzgado Colegiado dictó el auto de citación a juicio de fojas veintiséis, del tres de junio de dos mil ocho, del mismo cuaderno.

TERCERO. Seguido el juicio de primera instancia —véase fojas cincuenta y cinco—, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas ciento veinticinco, del veintidós de octubre de dos mil ocho que condenó a Wilson Dante Cruz Rodríguez y Eduardo Jesús Plasencia Alvarado por delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en su modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de dos años, así como fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor del Estado.
Contra esta sentencia los acusados y Fiscal interpusieron recurso de apelación —los primeros alegaron inocencia y el representante del Ministerio Público solicitó el aumento de la pena—.

II. Del trámite impugnativo en segunda instancia.

CUARTO. La Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, culminada la fase de traslado de la impugnación, conforme al auto de fojas ciento ochenta y uno, del dos de diciembre de dos mil ocho y realizada la audiencia de apelación, cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y cuatro, del cuatro de febrero de dos mil nueve, que revocó la sentencia del Juzgado Unipersonal en el extremo de la pena e impuso a Wilson Dante Cruz Rodríguez y Eduardo Jesús Plasencia Alvarado cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años.

III. Del trámite del recurso de casación.

QUINTO. Leída la sentencia de vista, los acusados Eduardo Jesús Plasencia Alvarado y Wilson Dante Cruz Rodríguez interpusieron recurso de casación mediante escritos de fojas doscientos sesenta y cuatro y doscientos setenta y uno, respectivamente, e introdujeron dos motivos: (i) errónea interpretación de la Ley penal: la prevista en los artículos doce, catorce, veintitrés y doscientos ochenta y tres del Código Penal e
(ii) inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal: porque se vulneró los principios de legalidad de las penas y la "reformatio in peius". Concedido el recurso por auto de fojas doscientos ochenta y dos, del seis de marzo de dos mil nueve, se elevó a este Supremo Tribunal.

SEXTO. Cumplido el trámite de traslados a las partes, sólo el abogado defensor del acusado Wilson Dante Cruz Rodríguez señaló domicilio procesal dentro del radio de la sede de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, ésta Suprema Sala por Ejecutoria de fojas veintisiete, del doce de junio de dos mil nueve, del cuaderno de casación, admitió a trámite el recurso por la infracción de las normas sustantivas y principios antes citados.

SÉPTIMO. Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación y debidamente notificadas las partes procesales
—Según las constancias de fojas cuarenta y nueve a cincuenta y uno del cuaderno de casación—, éstas no asistieron, dejándose expresa constancia de la inconcurrencia en el referido cuaderno —véase fojas cincuenta y dos—.
FUNDAMENTOS DE DERECHO
IV. Del desistimiento de la casación.

OCTAVO. Uno de los principios procesales fundamentales que caracterizan a los recursos es el "dispositivo", que involucra directamente a los litigantes, en tanto en cuanto tiene la misión de estimular la función judicial y se expresa en los siguientes aspectos: (i) iniciativa, (ii) disponibilidad del derecho material, (iii) impulso procesal, (iv) delimitación del tema a decidir, (v) aportación de los hechos y (vi) suministro de las pruebas.
El recurso de casación, como acto procesal de parte exige como presupuesto subjetivo de admisibilidad que exista interés de quien lo plantea. Este interés en primer lugar demanda una declaración expresa de voluntad del sujeto procesal interesado, que se materializa a través del acto de interposición del recurso para poder abrir la instancia. En segundo lugar es necesaria la existencia de un gravamen o perjuicio concreto generado por la sentencia o resolución que se cuestiona. Dentro de ese contexto, una vez abierta la instancia, el recurrente puede conservarla o perderla si cumple o no con las disposiciones impuestas por la Ley procesal —artículo cuatrocientos veintiocho e inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal—. Asimismo, tiene la facultad jurídica de desistirse y renunciar a su derecho impugnativo para interponer recursos (en tanto rige el principio dispositivo, puede desistirse aunque el recurso haya sido concedido y cualquiera que sea el tramite cumplido antes de la sentencia de casación, de conformidad con el artículo cuatrocientos seis del Código Procesal

Penal). Esta intención de renunciar puede ser expresa o tácita, y en éste último caso la intención se deducirá de cualquier actitud o manifestación del recurrente en el proceso, después de presentado el recurso, que sea incompatible con la pretensión jurídica —como sucede cuando el abogado defensor no concurre a la audiencia de casación—.

Es de puntualizar que el desistimiento es una forma de expresar la conformidad con el fallo y proclamar la inexistencia de un interés capaz de sustentar la impugnación.

NOVENO. Al respecto el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal señala lo siguiente "(...) la falta de comparecencia injustificada del Fiscal a la audiencia de casación, en caso del recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación". En tal sentido si la defensa técnica del impugnante no comparece a la audiencia para sustentar oralmente los fundamentos del recurso de casación, dicha circunstancia autoriza al Tribunal de Casación a declarar la deserción del recurso y firme la sentencia cuestionada.

DÉCIMO. En consecuencia, debe declararse inadmisible el recurso de casación por desistimiento tácito de los acusados WILSON DANTE CRUZ RODRÍGUEZ Y EDUARDO JESÚS PLASENCIA ALVARADO, en tanto sus abogados defensores no concurrieron a la audiencia de casación —conforme se expresó en el fundamento jurídico sétimo—.

DÉCIMO PRIMERO. Este desistimiento del recurso interpuesto por el acusado, trae aparejada la imposición de las costas con arreglo al inciso dos del artículo quinientos cuatro del Código Procesal Penal. Los recurrentes abandonaron la instancia a pesar de que promovieron el recurso de casación, consiguieron que se le conceda el recurso y se le señale fecha de audiencia para la sustentación de los agravios ante la Sala de Casación —a la que no asistieron sus abogados defensores—. Por tanto, no cabe eximirlos del pago de las costas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por los acusados WILSON DANTE CRUZ RODRÍGUEZ Y EDUARDO JESÚS PLASENCIA ALVARADO contra la sentencia de vista de fojas doscientos treinta y cuatro, del cuatro de febrero de dos mil nueve, del cuaderno de apelación, que confirmando y revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento veinticinco, del veintidós de octubre de dos mil ocho, del mismo cuaderno, los condenó por delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos —entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos— en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, así como fijó en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor del Estado, por ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL e INOBSERVANCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER PROCESAL.

II. CONDENARON al pago de las costas del recurso a los acusados WILSON DANTE CRUZ RODRÍGUEZ Y EDUARDO JESÚS PLASENCIA ALVARADO; ORDENARON que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago, conforme al artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Civil.

III. DISPUSIERON se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

SS.

LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRINCIPE TRUJILLO
CALDERON CASTILLO
SANTA MARIA MORILLO

SALA PENAL PERMANENTE
CASACION Nº 08-2007
HUAURA
SENTENCIA DE CASACION

Lima, trece de febrero del dos mil ocho

VISTOS. En audiencia pública; el recurso de nulidad por causal de falta y manifiesta ilogicidad de la motivación interpuesta por el actor civil, Junta de usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral, contra el auto de fojas de vista doscientos cincuenta, del cuaderno e apelación, del trece de junio del dos mil siete, que confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos siete, del trece de abril de dos mil siete, declaró el sobreseimiento de la causa seguida contra Oscar Talavera Gallegos, por delito contra el patrimonio —usurpación— y daños agravado, en agravio de la Junta de Usuarios del Distrito de Riego Chancay-Huaral; y ordenó el archivo definitivo de la causa interviniendo como Ponente el señor Zecenarro Mateus.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del trámite de la causa en primera instancia

PRIMERO. El encausado Oscar Talavera Gallegos, fue inculpado formalmente mediante auto de apertura de instrucción de fojas cuatrocientos cincuenta y siete, del once de enero del dos mil cinco, a mérito de la denuncia formalizada por el señor Fiscal Provincial de Huaura de fojas cuatrocientos cincuenta y cinco, como presunto autor del delito contra el patrimonio - usurpación perturbación ene el uso de aguas y del delito de daños agravado, previstos en los artículos doscientos tres y doscientos seis delCódigo Penal, en agravio de la Junta de Usuarios del Distrito de Riego de Chancay-Huaral.

SEGUNDO. Como fluye de la formalización de denuncia y el auto de apertura de instrucción , se atribuyó al encausado Oscar Talavera Gallegos, que su condición de Jefe del Proyecto de Marca III de la empresa SEDAPAL, pese a tener conoci-

miento que la junta de usuarios del distrito de riego Chancay-Huaral protege y explota el agua proveniente de las lagunas del sistema de Puajanca, el veintiuno de mayo de dos mil cuatro, al mando de un grupo numeroso de personas procedió a realizar trabajos con maquinaria pesada en el Trasvase del Sistema Circuito de Lagunas Puajanca, con el propósito de desviar el cuso de las aguas hacia el Proyecto Marca III (Maracapomacocha), por el lado noreste de la laguna Barrosococha, la misma que es la más próxima al canal colector de la referida represa, ocasionando cuantiosos daños en el trasvase e infraestructura hidráulica de las lagunas que conforman el referido sistema, haciendo discurrir mayor cantidad de agua hacia la laguna de Barrosococha, obstruyendo de este modo el cauce natural de las aguas excedentes de estas lagunas hacia el valle de Chancay-Huaral con el consiguiente perjuicio al cultivo y la producción agrícola del aludido valle.

TERCERO. Que, el proceso se inició con arreglo a la normatividad del anterior Código de Procedimientos Penales. Sin embargo, por resolución de fojas catorce, del veinticuatro de noviembre de dos mil seis, se adecuó la causa al Nuevo Código Procesal Penal y el Juez de la investigación Preparatoria de Huaral, dispuso formar el Cuaderno de la Etapa Intermedia con las copias certificadas que menciona y se avocó al conocimiento del presente proceso.

CUARTO.Hallándose esta causa con la acusación Fiscal que corre a fojas uno y que fue subsanado a fojas cuarenta y cinco, el Juez de la causa resolvió formar el cuaderno de la Etapa Intermedia, disponiendo correr traslado a los sujetos procesales por el termino de ley, a cuyo vencimiento el Juez mediante resoluciónnúmero ocho de fojas ciento veintiuno, resolvió citar a la Audiencia Preliminar para el control de la Acusación para el catorce de marzo del dos mil siete, estadio en el que el procesado Oscar Talavera Gallegos a fojas ciento treinta y tres absolvió el traslado de acusación y solicito el sobreseimiento del proceso; habiéndose llevado a cabo previamente la audiencia preliminar de control de requerimiento Fiscal cuya acte corre a fojas ciento setenta y cuatro; posteriormente el Juez procedió a dictar la resolución de fojas doscientos siete, del trece de abril de dos mil siete, disponiendo el sobreseimiento total del proceso seguido contra el imputado Oscar Talavera Gallegos, de la acusación Fiscal formulada en su contra por delito contra el patrimonio - usurpación en la modalidad de perturbación de uso de aguas y daño agravado, y ordenó el archivo definitivo; contra la cual el actor civil formuló recurso de apelación conforme es de verse de fojas doscientos veintiuno.

II. Del trámite del recurso en segunda instancia

QUINTO. El Superior Tribunal por resolución de fojas doscientos treinta y ocho, del veintiocho de mayo del dos mil siete, señaló fecha para la audiencia de apelación, la que se concretó al acta de fojas doscientos cuarenta y nueve, del trece de junio del dos mil siete, sin la presencia del Fiscal Superior y con la intervención del actor civil representado por Marcial Vega Lostaunau y su señor abogado, oportunidad en al que se dictó el auto de vista de fojas doscientos cincuenta que confirmó la resolución numero diecinueve de fecha trece de abril de dos mil siete que declaró el sobreseimiento de la causa.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por el actor civil

SEXTO. Notificado el auto de vista, la parte agraviada constituida por la Junta de Usuarios del distrito de riego Chancay-Huaral, debidamente representada por su Presidente Marcial Vega Lostaunau interpuesto recurso de casación, mediante escrito que corre a fojas doscientos ochenta y nueve, por dos causales: a) inobservancia de garantías procesales de carácter procesal y constitucional, referidas a las reglas que garantizan el debido proceso, así como el irrestricto ejercicio del derecho de defensa que constituyen "principio y derecho de la función jurisdiccional"; y b) falta o manifiesta ilogicidad de la motivación. Concedido el recurso por auto de fojas doscientos noventa y cinco, del diez de julio de dos mil siete, se dispuso su elevación a este Supremo Tribuna, para los fines correspondientes

SEPTIMO. Cumplido el trámite de traslados a las partes respectivas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de Fojas veintiuno, del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre del dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, solaadmitió a trámite el recurso de casación por la causal de falta manifiesta ilogicidad de la motivación, prevista en el inciso cuarto del artículo 429 del Código Procesal Penal, así como declaró inadmisible por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal en lo concerniente al debido proceso y a la defensa procesal; por los fundamentos que se señalan en la aludida resolución.

OCTAVO. Instruido el expediente en Secretaría, se señaló para la audiencia de casación de la fecha; instalada la misma y realizadas los pasos que corresponde conforme al acta que corre a fojas cuarenta y cuatro del cuaderno de casación con la concurrencia del Abogado defensor del imputado, doctor José Antonio Caro Jhon, dejando constancia de la inconcurrencia del abogado de la parte agraviada, pese a estar debidamentenotificado, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

NOVENO. Deliberada la causa en secreto votada el mismo día esta Suprema Sala cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública, con las partes que asistan, se realiza por la Secretaria de la Sala el día de la fecha trece de febrero de dos mil ocho a las nueve de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Conforme ha quedado establecido en la Ejecutoria Suprema de fojas veintiuno de cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, esta Suprema Sala consideró como motivo de casación, la causal contenida en el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del Nuevo Código Procesal Penal, que específicamente es la falta y manifiestallogicidad de la motivación. Sobre el particular, la parte agraviada en su recurso formalizado de fojas doscientos ochenta y nueve, señala lo siguiente: que de las instrumentales aportadas se advierte claramente el modo y circunstancias en que se perpetró el evento delictivo; que el Colegiado Superior, indebidamente consideró que el procesado actuó en calidad de funcionario de Sedapal, dando cumplimiento a la resoluciónAdministrativa numero doscientos cincuenta y nueve; que consideró que no existió dolo en el accionar del encausado; y que lo hechos denunciados no tiene relevancia Penal,

debiendo ventilarse la Litis en una vía extrapenal, al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos denunciados.

SEGUNDO. El auto de vista impugnado en vía de casación, que confirmó la resoluciónapelada, precisa lo que a continuación se señala:

A. Que la resolución de primera instancia no fue impugnada por el representante del Ministerio Público, sino más bien por la parte agraviada que es la Junta de Usuarios del distrito de riego Chancay-Huaral; que asimismo en esta instancia, el Fiscal Superior no se hizo presente a la audiencia, lo que implícitamente implica la conformidad con el sobreseimiento dictado por el Juez.

B. Que el contenido de la acusación de fojas uno y siguientes, aparece que el fiscal formula acusación contra personas no comprendidas en el auto de apertura de instrucción, siendo obligado a rectificarse a instancias del señor Abogado del inculpado; insistiendo respecto al imputado Oscar Talavera Gallegos; sin embargo estuvo conforme con el sobreseimiento dictado por el Juez dado que no interpuso recurso impugnatorio alguno.

C. Que en la denuncia presentada por los agraviados que corren fojas uno a siete, no se indica la fecha en que habrían ocurrido los hechos; como tampoco en el requerimiento de acusación.

D. Que mediante Resolución administrativa numero doscientos cincuenta y nueve guion dos mil tres guion INRENA.IRH/ATDRM de fecha 16 de octubre de dos mil tres, la que obra a fojas trescientos noventa, el administrador técnico del distrito de riego Mantaro otorgó autorización a la empresa Sedapal para que en el plazo de un año, ejecute las obras de rehabilitación de los diques de regulación en las lagunas de Cochahuamán, Barroscocha, Verdecocha, Minachacan y Puchacocha, integrantes de la cuenca del rio Mantaro, con fines de recuperar sus niveles anteriores para garantizar el abastecimiento de agua potable para Lima y Callao y preservar el ecosistema del lugar.

E. Que la resolución administrativa antes referida, ante la interposición de un recurso de reconsideración por los agraviados fue dejada sin efecto por la misma autoridad; por lo cual se entiende que el imputado Talavera Gallegos ha actuado como funcionario de Sedapal, en el cargo de jefe de operación del sistema Marca Pomacocha Marca tres, dando cumplimiento a dicharesolución que después fue dejada sin efecto, por tanto se observa que no ha existido dolo en el accionar del imputado; por lo que los hechos denunciados no tienen relevancia penal, debiendo ventilarse la Litis en una vía extrapenal, al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos denunciados.

F. Que, resulta de aplicación la eximente de responsabilidad por haber obrado el procesado en ejercicio legítimo del cargo, siendo el hecho imputado atípico, encuadrándose por tanto en la previsión contenida en el inciso segundo, literal a) del numeral trescientos cuarenta y cuatro del Nuevo Código Procesal Penal.

TERCERO. Que, al respecto esta Suprema Sala, al proceder a la calificación del recurso, ha señalado en su parte pertinente que, si bien la no valoración de

determinada prueba o elemento de convicción, que podría ser esencial para la definición de la controversia, en especial para decidir el sobreseimiento pese a la acusación fiscal, sin embargo no integra propiamente la garantía genérica del debido proceso sino la especifica de motivación contemplado en el inciso del articulo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, añadido a la falta de rigor y la coherencia de la motivación: lo que incompatible con el motivo de ilogicidad invocada como segunda causal autónoma.

CUARTO. Que es preciso acotar que, positiva y doctrinariamente el recurso de casación, por su propia naturaleza no constituyen una nueva instancia, por tratarse de un medio impugnatorio de carácter extraordinario con carácter extraordinario con motivos tasados que tiene caracteres que están determinados en la Ley y han merecido una serie de disquisiciones en el campo de la doctrina; en ese contexto, constituye una de sus finalidades el control de logicidad en la motivación, deficiente motivación, insuficiente motivación, aparente motivación, y la incongruencia entre la parte considerativa y la parte decisoria de la resolución.
Que en el caso submateria, el Colegiado Superior sostiene en la parte pertinente como argumento de su decisión, entre otros, que la decisión del a quo no fue impugnada por el representante del Ministerio Público, sino por la parte agraviada; asimismo que en esta instancia el Fiscal Superior no se hizo presente a la audiencia, lo que implícitamente significa la conformidad con el sobreseimiento dictado por el Juez; también esgrime que en la audiencia de los agraviados no se indica fecha en la que habrían ocurrido los hechos; y finalmente, que la conducta incriminada no tiene relevancia penal al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos de usurpación, en la modalidad de perturbación en el uso de aguas y daños agravados, por lo que resulta de aplicación la causal eximente de responsabilidad penal, por haber obrado el imputado en el ejercicio legítimo del cargo conforme a lo previsto por el inciso octavo del articulo veinte del Código Penal.

QUINTO. Que, a la garantía de motivación, es necesario señalar que el numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú establece como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias , excepto los de decretos de mero trámite, con mención expresa de la Ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan; norma que concuerda con el articulo doce del texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por el artículo único de la Ley numero veintiocho mil cuatrocientos noventa, en cuya observancia se debe proceder a la fundamentación de las resoluciones correspondientes.
Que en ese sentido, las decisiones jurisdiccionales que correspondan deben ser adecuadamente fundamentadas mediante un razonamiento jurídico que exprese el porqué de los que se decide. Analizado los fundamentos esgrimidos por el Superior Colegiado, en la resolución recurrida, si bien es cierto no se advierte falta o aparente motivación, sin embargo se observa deficiente e incoherente motivación, situación que se refleja en lo que a continuación se señala: a) en el punto segundo, se señalan los presupuestos materiales para dictar la procedencia

del auto de sobreseimiento, remitiéndose al artículo trescientos cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal y seguidamente señala que la defensa del imputado solicitó el sobreseimiento respectivo, sin especificar en cuál de los presupuestos indicados se sustenta su petición; pese a ello ampara su petitorio en virtud de lo establecido en virtud de lo establecido en el literal "a" del inciso segundo del artículo trescientos cuarenta y cuatro del citado cuerpo de leyes. b) asimismo, el Colegiado sostiene como punto fundamental de la recurrida, que los hechos imputados al encausado Oscar Talavera Gallegos no tienen relevancia penal al faltar el elemento subjetivo correspondiente al dolo para que se configuren los delitos de usurpación y daños agravados, al haber actuado en su condición de funcionario de la empresa Sedapal, en cumplimiento de una resolución administrativa, aludiendo a la eximente de responsabilidad penal contenida en el inciso octavo del numeral veinte del Código Procesal Penal. Que al respecto, la propia Sala no obstante reconocer en el punto seis de los fundamentos, que dicha resolución quedó sin efecto ante la interposición de una reconsideración por la arte agraviada, en forma no coherente concluye que el imputado actuó en cumplimiento de aquella resolución. C) que, sobre este particular es preciso puntualizar, que de autos se aprecia que la aludida resolución administrativa numero doscientos cincuenta y nueve guion dos mil tres INRENA-IRH-ATDRM fue expedida por el administrador técnico del Distrito de riego Mantaro con fecha dieciséis de octubre del dos mil tres, en la que autoriza a Sedapal a realizar obras de rehabilitación de diques de regulación en las lagunas comprendidas en el círculo de la cuenca del Rio Mantaro; sin embargo dicha Resolución Administrativa fue dejada sin efecto por la misma autoridad en mérito a una reconsideración formulada por los agraviados, mediante Resolución número cero cero tres guion dos mil cuatro guion INRENA/ATDR de fecha dieciséis de enero de dos mil cuatro, por no existir un expediente técnico o proyecto que lo sustente; habiéndose comunicado a Sedapal mediante el documento denominado notificación numero doscientos sesenta y ocho guion dos mil tres - INRENA.IRH/ATDR, de fecha dieciséis de diciembre de dos mil tres, a fin de retirar los diques de tierra y restablecer el curso normal de las aguas; evidenciándose en consecuencia ilogicidad en la motivación de la recurrida, así como apreciarse falta de coherencia entre lo expuesto en la parte considerativa y los decidido, dado que el propio Colegiado reconoció que dicha resolución administrativa había quedado sin efecto como precedentemente se tiene expuesto; concluyendo sin embargo que se había actuado en cumplimiento de una resolución, tanto más que al expedirse la resolución ministerial numero ciento setenta y nueve guión AG de fecha diecinueve de febrero de dos mil cuatro, dejó subsistente la notificación antes aludida. SEXTO. Una de las garantías establecidas por la Ley, es el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta motivada, pero razonada y congruente respecto de las peticiones que se formulen, en este caso, en materia penal. La exigencia de motivación como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el plano constitucional, en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución; debiendo tenerse en consideración que la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional relacionada también con el debido proceso; de ahí que toda decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con logicidad, claridad y coherencia, lo que permitirá entender el porqué de los resuelto.

SÉPTIMO. Que en consecuencia, de acuerdo a los que se expone en forma precedente, se concluye que la Sala Superior inobservó la garantía constitucional contenida en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Carta Fundamental; incurriendo en la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación; no apreciándose falta de motivación tal como se tiene señalado; por lo que dentro del marco de la ley debe procederse al reenvío del proceso.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon INFUNDADO el recurso de casación por la causal de falta de motivación de la resolución impugnada.

II. Declararon FUNDADO el recurso de casación por la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación de la resolución recurrida, por el motivo contenido en el inciso cuarto de artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, interpuesto por la Junta de Usuarios del distrito de riego Chancay-Huaral, contra el auto de vista de fojas doscientos cincuenta, del cuaderno e apelación, su fecha trece de junio del dos mil siete que confirmando el apelado de primera instancia de fojas doscientos siente del trece de abril de dos mil siete, declara el sobreseimiento de la cusa seguida contra Oscar Talavera Gallegos, por el delito contra el patrimonio-usurpación en la modalidad de perturbación de uso de aguas y daos agravados, en agravio de la Junta de Usuarios del distrito de riego Chancay-Huaral; en consecuencia: NULO el auto de vista de fojas doscientos cincuenta del trece de junio de dos mil siete.

III. ORDENARON el reenvío del proceso, a fin de que la Sala Superior Correspondiente renueve el auto de vista de fojas doscientos cincuenta de fecha trece de junio de dos mil siete, en la forma que prevé la Ley.

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

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.
SALAS GAMBOA
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS

2.4. Recurso de queja

La queja es un medio de impugnación contra las resoluciones emitidas por los Juzgados y Salas Superiores que deniegan la apelación o la casación.

Señala ALZAMORA VALDEZ que la queja *"(...) constituye el verdadero sustento de la apelación, porque si aquélla no existiera esta última quedaría librada al arbitrio del juez de cuya resolución se pretende reclamar mediante la alzada, que no siempre es favorable a este recurso."*[469] La queja, apunta ORTELLS RAMOS, es un recurso devolutivo ordinario, que no solo se resuelve por un órgano jurisdiccional de grado superior, sino que también se interpone directamente ante ese órgano[470].

Finalmente SAN MARTÍN CASTRO, citando a Juan Pedro COLERIO, señala que el recurso de queja se diferencia de los demás recursos, en que no busca directamente la revocación de la resolución impugnada, sino apunta más bien a obtener la admisibilidad de otro recurso que ha sido denegado previamente, pues por sí mismo el recurso de queja no resulta idóneo para introducir variantes en lo que constituye la decisión ya existente; a punta, en suma, a que el superior pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad del inferior se ha ajustado o no ha derecho[471].

Es un recurso devolutivo, porque su conocimiento es de competencia del órgano superior al del que emitió la resolución de inadmisibilidad, no es suspensivo ya que su interposición no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

2.4.1 Procedencia y efectos

Conforme a lo previsto en el artículo 437° del nuevo CPP, procede recurso de queja de derecho contra la resolución del juez que declara inadmisible el recurso de apelación, también procede contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación. El recurso de queja de derecho se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso y la interposición no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

2.4.2. Trámite

En el recurso de queja se precisará el motivo de su interposición con invocación de la norma jurídica vulnerada. Se acompañará el escrito que motivó la resolución recurrida y la resolución denegatoria. Interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional competente decidirá, sin trámite alguno, su admisibilidad. Para decidir, puede solicitarse al órgano jurisdiccional inferior copia de alguna actuación procesal.

[469] ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría general del proceso*. Sesator, Lima, 1974, p. 274; citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. 2ª edición actualizada y aumentada. Grijley, Lima 2003, p. 1051.

[470] SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 1052.

[471] SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 1051.

Si se declara fundada la queja, se concede el recurso y se ordena al juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las partes. Si se declara infundada la queja, se comunica la decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

Jurisprudencia

PLAZO PARA INTERPONER RECURSO DE QUEJA[472]

Recurso de Queja N° 05-2008 Huaura

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia

Que la resolución número veinte del veintidós de noviembre del dos mil siete, fue recepcionada por la central de notificaciones el once de enero del dos mil ocho; sin embargo, el recurso ante esta instancia suprema fue presentado el dieciocho de enero del dos mil ocho, es decir, al quinto día hábil, en forma extemporánea si se tiene en cuenta que el acápite c) del inciso primero del artículo cuatrocientos catorce del Código procesal Penal, concordante con el inciso segundo del numeral cuatrocientos treinta y ocho del mismo cuerpo de leyes, establece como plazo para interponer dicho recurso de tres días al que debe agregarse el término de la distancia de un día.

2.5. Acción de Revisión

La revisión está previamente dispuesta a fin de eliminar el error judicial. Un buen ordenamiento jurídico debe tender, en primer lugar, a activar todos los mecanismos a fin de impedir el error judicial; y toda la evolución histórica del proceso penal revela esta preocupación. La actuación de los mecanismos, aún los más perfectos, contra el error judicial, no impedirá nunca —por maldad de las partes o de los sujetos de colaboración, o por imperfección del juez— el error judicial; pero esta amarga comprobación no debe servir para alentar la angustiosa preocupación de la sociedad y de los jueces y hacer que se renuncie a la adopción de todos los medios apropiados para contener, por lo menos, el error judicial en la medida de un fenómeno excepcional y alarmante[473].

Aunque comúnmente se le denomina recurso, en realidad no lo es, puesto que se plantea y se tramita una vez que el proceso ha terminado; además, no es un medio de impugnación por cuanto con el llamado recurso de revisión no se cuestiona la validez de la sentencia. La labor del Tribunal de revisión no es determinar si existe o no alguna causa o motivo que invalide la sentencia

[472] ESPINOZA GOYENA, Julio César. *Nueva Jurisprudencia nuevo Código Procesal Penal*. Primera Edición. Editorial Reforma. Lima — Perú. Enero 2009 pp. 613-614.

[473] LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. *Impugnaciones Proceso de Prevención criminal. Ejecución*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1993, pp. 260, 261.

sino sólo y exclusivamente si, a la vista fundamentalmente de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el juzgador, la sentencia debe rescindirse por ser esencialmente injusta; por consiguiente, *la revisión es una acción independiente que da lugar a un proceso cuya finalidad es rescindir sentencias condenatorias firmes e injustas.*

La revisión supone pues, un medio válido de atacar la cosa juzgada. El legislador ha tenido en cuenta el problema político y social que se produce por el hecho de que siendo la sentencia un acto del hombre, que por tanto puede equivocarse, puede estar aquélla también equivocada. El legislador ha tenido que sopesar, si en un momento dado, el valor seguridad jurídica debe de sobreponerse al valor justicia; en otras palabras, el legislador se ha visto obligado a solucionar el terrible problema que supone considerar que un mecanismo, como el de la cosa juzgada, que está pensado como medio de seguridad apto para conseguir la Justicia, puede en ocasiones ser un elemento que propicie situaciones clamorosamente injustas[474].

En puridad no se trata de un recurso, ni siquiera extraordinario o excepcional, por cuanto no se dirige a evitar que adquiera firmeza determinada Sentencia, sino que tiene por objeto la rescisión de una Sentencia ya firme tenida por injusta. Se trata más bien de una acción autónoma para la impugnación de Sentencias firmes, cuyo ejercicio da lugar a la incoación y seguimiento de un nuevo proceso en el que se pretende la rescisión de dichas resoluciones judiciales. En la revisión penal concurren dos intereses jurídicos que aparecen contrapuestos. Por un lado la seguridad jurídica representada por la autoridad de cosa juzgada (...). Y de otra parte la afirmación de la justicia material que se deriva de la verdad histórica de los hechos enjuiciados y de la rectitud de su enjuiciamiento. Planteada así la alternativa el legislador se ha decantado por la segunda opción, concediendo preferencia a la verdad material sobre la verdad formal representada por la autoridad de cosa juzgada, abriendo la posibilidad de que en función de motivos tasados se de lugar a un nuevo proceso en el que se pretende la rescisión de la Sentencia injusta[475].

2.5.1. *Importancia*

La revisión del procedimiento sirve para la eliminación de errores judiciales frente a sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. El procedimiento

[474] Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor; y Cortés Domínguez, Valentín. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Colex, 2001, p. 461.

[475] Calderón Cerezo, A. y J.A. Choclan Montalvo. *Derecho Procesal Penal, Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y fiscal*. Dykinson, Madrid, 2002, p. 632.

de revisión representa el caso más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta. Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente incorrecta de manera insoportable para la idea de justicia[476].

2.5.2. *Procedencia*

De conformidad con lo previsto por el artículo 439° esta acción se interpone en los siguientes casos:

1) Cuando después de una sentencia se dictara otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, resulte de su contradicción la prueba de la inocencia de alguno de los condenados.
2) Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada.
3) Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio, que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.
4) Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado.
5) Cuando se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado.
6) Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema.

2.5.3. *Legitimación*

Tienen legitimidad para demandar la revisión:

1. EL Fiscal Supremo en lo Penal
2. El condenado; si el condenado fuere incapaz, podrá ser promovida por su representante legal; y, si hubiera fallecido o estuviere imposibilitado de hacerlo, por su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, en ese orden.

[476] Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 2000, p. 492.

2.5.4. *Contenido de la demanda*

1. La demanda de revisión será presentada ante la Sala Penal de la Corte Suprema. Debe contener lo siguiente:
   a) La determinación precisa de la sentencia cuya revisión se demanda, con indicación del órgano jurisdiccional que la dictó;
   b) La causal invocada y la referencia específica y completa de los hechos en que se funda, así como las disposiciones legales pertinentes.
   c) La indemnización que se pretende, con indicación precisa de su monto. Este requisito es potestativo.
2. Se acompañará copia de las sentencias expedidas en el proceso cuya revisión se demanda. Asimismo, se acompañará la prueba documental si el caso lo permite o la indicación del archivo donde puede encontrarse la misma.
3. Cuando la demostración de la causal de revisión no surge de una sentencia judicial irrevocable, el recurrente deberá indicar todos los medios de prueba que acrediten la verdad de sus afirmaciones.
4. La Sala Penal de la Corte Suprema podrá otorgar un plazo al demandante para que complete los requisitos faltantes.

La interposición de la demanda de revisión no suspende la ejecución de la sentencia. Sin embargo, en cualquier momento del procedimiento, la Sala podrá suspender la ejecución de la sentencia impugnada y disponer, de ser el caso, la libertad del imputado, incluso aplicando, si correspondiere, una medida de coerción alternativa.

2.5.5. *Trámite*

Interpuesta la demanda con sus recaudos, la Sala examinará si reúne los requisitos exigidos. Si la demanda fuera inadmitida, la decisión se tomará mediante auto dictado por unanimidad. Si se admite la demanda, la Sala dará conocimiento al fiscal o al condenado, según el caso. Asimismo, solicitará el expediente de cuya revisión se trate y, si correspondiera, la prueba documental señalaba por el demandante.

De igual manera, dispondrá, la recepción de los medios de prueba ofrecidos por el demandante, por la otra parte y los que considere útiles para la averiguación de la verdad. De esas actuaciones levantará el acta correspondiente, pudiendo la Sala designar uno de los miembros para su actuación.

Concluida la actuación probatoria, la Sala designará fecha para la Audiencia de Revisión, a la que se citarán al fiscal y el defensor del condenado, de su representante o del familiar más cercano. La inasistencia del demandante determinará la declaración de inadmisibilidad de la demanda. En la audiencia de revisión informarán oralmente el fiscal y el abogado del condenado, de su representante o del familiar más cercano. Si el imputado asiste a la audiencia

hará uso de la palabra en último lugar. Concluida la audiencia, la Sala emitirá sentencia en audiencia pública en el plazo de veinte días.

2.5.6. *Sentencia*

Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación y la remitirá a nuevo juicio, o pronunciará directamente la sentencia absolutoria. Si la sentencia dispone un nuevo juicio, éste será tramitado conforme a las reglas respectivas. El ofrecimiento de prueba y la sentencia no podrán fundarse en una nueva apreciación de los mismos hechos del proceso, con independencia de las causales que tomaron admisible la revisión.

Si la sentencia es absolutoria, se ordenará la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación y de multa, así como —de haberse solicitado— la indemnización que corresponda por error judicial. La sentencia se notificará a todas las partes del proceso originario. La denegatoria de la revisión, o la ulterior sentencia confirmatoria de la anterior, no impide una nueva demanda de revisión, siempre que se funde en otros hechos o pruebas.

ROBERTO E. CÁCERES J.
RONALD D. IPARRAGUIRE. N.

CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO

DECRETO LEGISLATIVO Nº 957

Concordancias - Jurisprudencia
Indice Analítico

Prólogo
JOSE ANTONIO NEYRA FLORES

EDICIÓN ACTUALIZADA



Edición actualizada: Marzo 2012

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima- Perú
Teléfonos: 427-6648 / 347-0841
Telefax: 426-6303

Ronald D. Iparraguirre N.
iparraguirre@hotmail.com

Roberto Cáceres Julca
robertoedu@hotmail.com

© Derechos de Autor reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú 2011-05747
ISBN: 978-312-406-59-7

Composición y diagramación: Mirtha Ríos M.
Diseño de carátula: Víctor Arrascue C.

A mi madre en homenaje y testimonio de admiración,
a Ana por enseñarme que el éxito resulta de la lucha contra
los obstáculos y a Yuliana por creer en mí.

Roberto E. Cáceres Julca.

A Azucena por si no fuese quien es,
yo no sería quien soy, y a Alicia
que me enseñó a orientarme por las estrellas.

Ronald D. Iparraguire. N.

LIBRO CUARTO
LA IMPUGNACIÓN

SECCIÓN I
PRECEPTOS GENERALES

Art. 404°.- Facultad de recurrir

1. Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida.
2. El derecho de impugnación corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos.
3. El defensor podrá recurrir directamente en favor de su patrocinado, quien posteriormente si no está conforme podrá desistirse. El desistimiento requiere autorización expresa de abogado defensor.
4. Los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición.

COMENTARIO

El derecho de impugnación, como garantía constitucional, es fundamental en todo proceso, y es por ello que en el proceso penal, este derecho va regir todo el sistema impugnatorio que este nuevo Código introduce. Siendo esto así, el derecho de impugnación constituye una garantía, que no sólo es consagrado por la Constitución (Art. 139° inciso 6°), sino que además es reconocido por la LOPJ (Art. 11°) y sobre todo por la legislación internacional[42] de la cual el Perú forma parte.

[42] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 14.5 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8. 2, h).

La impugnación tal como está regulada en la normatividad nacional, como supranacional, es un acto procesal de parte de quien se siente perjudicado por una concreta resolución judicial, ya sea por su ilegalidad o por su injusticia, pretendiendo su nulidad o rescisión o su sustitución o reforma.

La impugnación debe entenderse, dice CORTEZ DOMÍNGUEZ, como el acto procesal de parte que se siente perjudicada por una resolución judicial, ya sea por su ilegalidad, ya por su injusticia, pretendiendo en consecuencia, su nulidad o rescisión. Con esta base, el recurso es el acto procesal de parte que frente a esa resolución impugnable pide la actuación de la Ley en su favor[424]. No es un nuevo derecho, puesto que éste nace con el proceso y las partes lo que hacen es ejercer ese derecho a fin de que la resolución judicial alcance sus fines y adquiera certeza (verdad legal) agotando todas las instancias.

El fundamento de los recursos a decir de HINOJOSA SEGOVIA, no es otro que el reconocimiento de la falibilidad humana. Esto es, se considera que como los jueces pueden errar al aplicar o interpretar la ley –procesal o material– es conveniente que las partes tengan la posibilidad de solicitar, en el propio proceso, que la resolución dictada sea modificada, bien por el mismo órgano jurisdiccional que la dictó –para las resoluciones más simples–, bien por un órgano superior –normalmente más experimentado, y en actuación generalmente colegiada, como garantía de una mayor ponderación para los supuestos de resoluciones más complejas y en asuntos más grave–[425].

Para el maestro GARCÍA RADA, la impugnación puede formularse por motivo de un "*error in procedendo o in iudicando*", según se trate de la violación de normas procesales o de normas sustantivas. También puede ser por "*error iuris* –errónea apreciación de la norma sustantiva – o por "*error facti*" cuando se produce una declaración de certeza basada en una errónea apreciación de los hechos[426].

Para la doctrina, existen dos modalidades de impugnación, –modalidades que el presente Código reconoce– que son: "el recurso" (reposición, apelación, casación y queja) y la "acción de impugnación" (revisión). Siendo la diferencia central que permite esta división, que el recurso incide en una resolución impugnable dictado en un proceso y

424 GIMENO SENDRA, Vicente. et. al., *op. cit.*, pág. 633.

425 HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: En Derecho Procesal Penal, Andrés de la Oliva Santos, Sara Aragonés Martínez, Rafael Hinojosa Segovia, Julio Muerza Esparza y José Antonio Tomé García, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Quinta Edición, Madrid 2002, pág. 560.

426 GARCÍA RADA, Domingo: *op. cit.*, pág. 314.

dentro de él, es decir impugnar resoluciones no firmes, en cambio cuando hablamos de acción de impugnación, estamos hablando de una impugnación de carácter extraordinaria dirigida contra sentencias firmes de condena, (típicamente la acción de revisión penal).

El artículo bajo comentario, en su inciso primero regula el principio de "recurribilidad expreso taxativo", que consiste en el derecho de acceso al recurso legalmente reconocido y consagrado en la Constitución (Art. 139 inc. 3°), pues se trata de un elemento que integra el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional (tutela procesal), en cuya virtud lo que se exige es que un Juez no puede conceder un recurso que la ley no ha previsto expresamente.

En su segundo inciso, regula la legitimación con la que deben de contar los sujetos procesales que recurren o impugnan una determinada resolución, no siendo suficiente, desde luego, la simple condición formal de parte, sino más bien la de parte agraviada por la resolución que se pretende impugnar. La idea central entonces, que nos da el presente artículo es que, solamente es recurrible, aquella resolución que expresamente lo dice la ley (delimitación del objeto impugnable), por el recurso que la ley establece y por la persona a quien legítimamente la ley le concede plantear dicho recurso (precisión de la legitimación).

Respecto del inciso tercero, es importante resaltar que más que una posibilidad, es un derecho que tiene el abogado defensor de recurrir (impugnar) por su patrocinado, pues goza de los derechos que la Ley le confiere para el ejercicio de su profesión.

CONCORDANCIAS:

CPP. 13; **LOPJ.** 11; **Const.** 139, inc. 3, 6.

Art. 405°.- Formalidades del recurso

1. Para la admisión del recurso se requiere:
   a) Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.
   b) Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva.
   c) Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

2. Los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la Ley.
3. El Juez que emitió la resolución impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes, luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. El Juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio.

COMENTARIO

Como vemos, el derecho a recurrir es un derecho de la parte afectada, la misma que, si quiere recurre y en la expresión que ella misma quiere (en todo o en parte) o si quiere no recurre. Siendo esto así, cabe señalar que están prohibidos los recursos *open legis* o recursos de oficio, pues eso constituye una aberración al propio sistema. Conforme a lo ya manifestado, al ser el recurso un derecho exclusivo del individuo y una garantía individual del afectado, es que es posible también su desistimiento.

Los requisitos generales para la interposición de un recurso, señala ARMENTA DEU, son: a) la competencia funcional del órgano que conoce de él, b) la legitimación del recurrente, que se identifica con su condición de parte en el proceso. El actor civil no ésta, sin embargo legitimado para impugnar los pronunciamientos penales de la sentencia, c) que, la resolución cause algún tipo de perjuicio o agravio al recurrente, d) que, la resolución sea impugnable y e) que, el recurso se interponga dentro del plazo oportuno[427]. Es importante señalar que conforme al artículo 126° de la LOPJ, en los procesos penales se consideran hábiles todas las horas y días del año, lo cual debe ser tomado en cuenta para el cómputo de los plazos al momento de interponer recursos.

El Ministerio Público, cuando se ocupa de lo civil, lo hace al amparo de una legitimación legal extraordinaria, pues él no tiene ningún interés personal material perjudicado, y su actuación en ese ámbito, se da más bien, porque la ley lo autoriza (Art. 11. inciso 1). Así mismo se debe de tener en cuenta, que este Código independiza relativamente la acción civil, de la penal porque los criterios de imputación para imponer la reparación civil, son distintos a los criterios de imputación penal, de suerte que es posible pese a una absolución o sobreseimiento imponer una reparación civil, pues así lo establece el inciso tercero del artículo 12° del presente Código.

[427] ARMENTA DEU, Teresa: *op. cit.*, pág. 295.

CONCORDANCIAS:
CPP. 11.1, 12, 401, 428, 1ª, 430.1, 430.2; **LOPJ.** 126.

Art. 406°.- Desistimiento

1. Quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistirse antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando sus fundamentos.
2. El defensor no podrá desistirse de los recursos interpuestos por él sin mandato expreso de su patrocinado, posterior a la interposición del recurso.
3. El desistimiento no perjudicará a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas.

COMENTARIO

El maestro GARCÍA RADA, señala que como nota propia de la naturaleza de este derecho impugnatorio, tenemos que es permitido su no ejercicio y su renunciabilidad. Esta es una nota que la diferencia de la acción penal la cual es irrenunciable y debe comprender a todos los presuntos responsables[428]. Así pues si se puede renunciar a la impugnación, también es posible desistirse de la misma, sólo que para su procedencia, el código establece que aquella debe de estar debidamente fundamentada. Así mismo, el desistimiento puede ser total o parcial: en el **primer caso** la parte se desiste de todo lo impugnado, y en el **segundo caso**, el recurrente sólo se desiste de una parte, y mantiene su impugnación respecto de la otra, así por ejemplo, se puede desistir de su impugnación respecto de la pena, mas no de la reparación civil. Esto último debido a que no hay una acumulación obligatoria, respecto del objeto civil o penal.

Como vemos este artículo fija límites razonables respecto del desistimiento, pues quien se desiste, lo hace sobre sí mismo y no sobre los demás recurrentes; es decir que quien se desiste, con su desistimiento no perjudica a los demás recurrentes, ni a los adherentes, puesto que la adhesión se convierte en autónoma, respecto de quien recurrió y luego se desistió.

CONCORDANCIAS:
CPP. 13; **CPC.** 340, 341, ss.

Art. 407°.- Ámbito del recurso

1. El imputado y el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente, del objeto penal o del objeto civil de la resolución.
2. El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución.

[428] GARCÍA RADA, Domingo: *op. cit.*, pág. 314.

Art. 408°.- Extensión del recurso

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

COMENTARIO

Este tipo de efectos es atribuible a todos los recursos interpuestos por un imputado, y que son favorables para los que no han recurrido, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente. Dicho efecto, sólo procede con el objeto penal más no con el civil.

Al respecto, GARCÍA RADA, señala que, la extensión del recurso, es el efecto más importante y consiste en el derecho de una parte que no ha propuesto la impugnación (o que ha renunciado a ella) a participar en el juicio de impugnación promovido por la otra parte la cual tenga interés idéntico, afín o conexo. Agrega el citado autor, que dicho efecto tiene como finalidad beneficiar con la anulación o modificación a la parte que no propuso la impugnación. Puede ampararse en este efecto cuando el no impugnante que acredite que los motivos de la impugnación no son personales sino derivados del mismo delito o proceden de violaciones de la ley procesal, por lo cual el resultado de la resolución que expida el tribunal que conoce de la impugnación, le es aplicable por extensión, tal es la situación de los coimputados en la misma instrucción, o cuando varios procesos se acumulan por existir conexión entre ellos y en el caso del representante civil a quien amparan los motivos aducidos por el responsable penal[429].

Como bien señala CORTEZ DOMÍNGUEZ, es obvio que por imperativo de la prohibición de la "*reformatio in peius*" no se extienden los efectos que sean desfavorables al mismo (recurrente)[430].

Dentro de los efectos de los recursos impugnatorios tenemos: a) devolutivo, b) suspensivo, c) extensivo y d) diferido, éste último se da, cuando los efectos no son suspensivos, es decir el concesorio del recurso se difiere. Todos estos efectos pueden en realidad algunos coexistir y otros ser excluyentes.

[429] GARCÍA RADA, Domingo: *op. cit.*, pág. 316.
[430] CORTEZ DOMÍNGUEZ, Valentín: *op. cit.*, pág. 640.

Art. 409°.- Competencia del Tribunal Revisor

1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.
2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.
3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aun a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio.

COMENTARIO

Este artículo que regula el poder del tribunal revisor, incorpora el principio "*tantum apellatum, quanto devolutium*", o sea tanto devuelto como apelado; el cual consiste en la prohibición que tiene el tribunal de extenderse más allá de lo que las partes piden. Así pues se pone un límite a la pretensión impugnatoria, pues si se le pide que revise la pena, tiene que revisar la pena y no otra cosa. Pero lo que sí se permite como una facultad del tribunal, es la corrección de los errores de derecho que no hayan influido en la parte resolutiva.

Habíamos manifestado al comentar el artículo 405° de este cuerpo normativo, que ésta prohibido la impugnación *open legis* o recursos de oficio, porque ello iría en contra del propio sistema, debido a que el recurso es un derecho exclusivo del individuo y una garantía individual del afectado, pero lo que la ley no prohíbe, sino que más bien faculta –en los casos que el impugnante, al momento de recurrir no haya advertido la nulidad, sea ésta absoluta o sustancial– a que el tribunal, de oficio, declare la nulidad de un determinado acto procesal que carece de todo valor jurídico (v.g. que se haya prescindido de normas esenciales del procedimiento que conllevaron una indefensión en el imputado, o actos que se realicen bajo violencia o intimidación racional).

Otro principio que incorpora este artículo es el denominado "*reformatio in peius*", (prohibición de reforma en peor), que consiste en que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del imputado. Este principio, a seguir de HINOJOSA SEGOVIA, se da sólo cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de su recurso, no cuando tal condición permanece invariable al confirmarse la resolución recurrida, ni cuando se produce a consecuencia de otras alegaciones formuladas de forma concurrente,

o incluso incidental[431]. Es decir que la prohibición de reforma en peor, sólo es procedente cuando, ha sido el imputado el único que ha impugnado, mas no procede si se trata de una impugnación múltiple o cuando el recurrente es el Fiscal, o el actor civil (cruce de recursos). Esto último debido a que cada recurrente contribuye con su recurso a definir la competencia del tribunal, esto es que si el imputado impugna y pide menos pena y el Fiscal también impugna pidiendo más pena que la ya impuesta, el objeto de la pretensión estará delimitado entre el mínimo y el máximo pedido por ambas partes, y en este caso el tribunal puede resolver dentro de estos dos extremos. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, en el caso Lucio Tirado del 20. 01. 2000.

CONCORDANCIAS:
CPP. 425.3.

Art. 410°.- Impugnación diferida

1. En los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, la impugnación que se presente si es concedida reservará la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia, salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes.
2. En este último caso, la parte afectada podrá interponer recurso de queja, en el modo y forma previsto por la Ley.

COMENTARIO

El efecto diferido es otra de las consecuencias que produce la interposición de un recurso, y el presente artículo así lo reconoce. SAN MARTÍN CASTRO, señala que procede esta modalidad recursal en los procedimientos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento u otra resolución que ponga fin al ejercicio de la acción penal o que haga imposible que continué respecto de uno ellos, estando pendiente el enjuiciamiento de los otros. En este supuesto, interpuesto el recurso y concedido, su remisión al tribunal *ad quem* recién se producirá cuando se dicte sentencia que ponga fin a la instancia[432].

En realidad lo que se busca con este efecto, es la no interrupción del proceso y más bien el reconocimiento al principio de celeridad procesal.

[431] HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: *op. cit.*, pág. 562.
[432] SAN MARTÍN CASTRO, César: *op. cit.*, págs. 688-689.

Art. 411°.- Libertad de los imputados

Los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad. El juzgador está facultado para dictar las medidas que aseguren la presencia del imputado, siendo aplicable en lo pertinente las restricciones contempladas en el artículo 288°.

CONCORDANCIAS:
CPP. 288.

Art. 412°.- Ejecución provisional

1. Salvo disposición contraría 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.

SECCIÓN II
LOS RECURSOS

Art. 413°.- Clases

Los recursos contra las resoluciones judiciales son:
1. Recurso de reposición
2. Recurso de apelación
3. Recurso de casación
4. Recurso de queja

COMENTARIO

Los recursos son los instrumentos o institutos procesales de impugnación de resoluciones no firmes. La parte con gravamen, es decir, perjudicada por una resolución, puede tener el derecho procesal consistente en mostrarse disconforme con ella y, a la vez, pretender que sea revocada, con distintas consecuencias ulteriores, según las distintas clases y fundamentos de los recursos.

Conforme a lo ya manifestado líneas antes, cuando nos referimos a la parte agraviada, debe entenderse como aquélla legitimada para recurrir una resolución, es decir que no es suficiente que aquélla sea parte, sino que la resolución recurrida le cause agravio, y por ello es que la ataca, para producir su eliminación o un nuevo examen de la misma porque la considera injusta o ilegal. Al respecto la CIDH, en uno de sus informes anuales (informe número 5597), al revisar la institución de los recursos,

señala que, el recurso en un proceso penal, "es la oportunidad de recurrir a una segunda instancia, que refuerza la protección contra el error judicial". En ese sentido lo que se busca es el reconocimiento de la falibilidad humana, debido a que los jueces pueden errar al aplicar o interpretar la ley (procesal o material).

Un concepto amplio y moderno nos da CAFFERATA NORES[433], quien entiende al recurso como un medio de control, de la corrección fáctica y jurídica o solo jurídica (casación), según el tipo de recurso, de las resoluciones jurisdiccionales acordado con sentido bilateral. Siendo esto así, la tendencia moderna, es dar un control a la ilegalidad, irregularidad y a la ilogicidad. Por ello a nuestro entender un sistema de recursos, debe cumplir con cuatro exigencias básicas: **primero** debe cumplir un control de legalidad, o sea, que el recurso debe de utilizarse para cuidar que la resoluciones judiciales, en lo material y procesal cumplan con el estándar de legalidad; **segundo**, que se cumpla con el doble pronunciamiento (apelación), es decir que se trate de un medio de gravamen[434]; **tercero**, que se cumpla con la formación de la doctrina jurisprudencial, que garantice el valor seguridad jurídica y la unidad en la aplicación judicial del derecho; y **cuarto**, que un sistema de recursos tiene que garantizar la tutela de los derechos materiales y procesales de carácter constitucional frente a las lesiones que puede causar el juez en su labor diaria. Es decir que se proteja la integridad de los derechos fundamentales.

La clasificación de los recursos, atendiendo a criterios clásicos se da de la siguiente manera: Primero, tenemos a lo recursos devolutivos y no devolutivos, los primeros son aquellos en donde la causa es elevada a la instancia superior, es decir del Juez Penal a la Sala Penal Superior. El presente Código regula como recursos devolutivos, a la apelación, queja y casación[435]. Los no devolutivos, son aquellos resueltos por el mismo

[433] CAFFERATA NORES, José. *op. cit.*, págs. 158-159.

[434] Sobre el particular CORTEZ DOMÍNGUEZ, señala que los recursos pueden ser de dos clases: Primero, recursos que son **impugnaciones en sentido estricto** es decir recursos que están dirigidos a alcanzar la nulidad o rescisión de la resolución judicial; Segundo, recursos que deben ser entendidos como verdaderos **medios de gravamen**, en cuanto están ordenados simplemente a obtener una resolución judicial que venga a sustituir a la primera que perjudica los intereses del recurrente, pero que no necesariamente debe ser ilegal o ilícita para ser objeto de recurso. Existiendo medios de gravamen en el sistema de recurso penal cabe, pues, hablar de un doble grado de jurisdicción dentro del proceso penal, (...). En: GIMENO SENDRA, Vicente. et. al., *op. cit.*, págs. 633-634.

[435] ROXIN, señala que: a) La queja, se dirige contra autos y decretos y conduce al control fáctico como de la jurídica. El efecto devolutivo está parcialmente limitado; b) La apelación se dirige contra sentencias y conduce también al control tanto de la cuestión fáctica, como de la jurídica.

órgano que dictó la resolución objeto del recurso (reposición). En segundo lugar, tenemos a los recursos ordinarios y extraordinarios. Se consideran recursos ordinarios los que permiten impugnar la resolución por cualquier causa o motivo (apelación, queja y reposición). Los recursos extraordinarios, por el contrario, son aquellos en que la resolución objeto de recurso únicamente puede ser atacada con fundamento en alguno de los concretos motivos o causas de impugnación previstos expresamente en la ley (casación). Esta segunda es la clasificación que adopta el presente cuerpo normativo.

CONCORDANCIAS:
CPP, 9, 416, 417 y ss.

Art. 414°.- Plazos

1. Los plazos para la interposición de los recursos, salvo disposición legal distinta, son:
   a) Diez días para el recurso de casación
   b) Cinco días para el recurso de apelación contra sentencias
   c) Tres días para el recurso de apelación contra autos interlocutorios y el recurso de queja
   d) Dos días para el recurso de reposición
2. El plazo se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

CONCORDANCIAS:
CPP, 9, 416, 417 y ss.

SECCIÓN III
EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Art. 415°.- Ámbito

1. El recurso de reposición procede contra los decretos, a fin de que el Juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda. Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.
2. El trámite que se observará será el siguiente:

Los efectos devolutivo y suspensivo son asegurados en toda su extensión, sólo a través de interposición tempestiva; c) La casación se dirige también contra sentencias, pero, a diferencia de la apelación, conduce únicamente al examen de la cuestión jurídica. En caso de una interposición tardía o con defectos de forma, los efectos devolutivo y suspensivo son limitados igual que en la apelación. ROXIN, Claus. *op. cit.*, pág. 446-447.

a) Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente inadmisible, lo declarará así sin más trámite.
b) Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas. Si el Juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.

3. El auto que resuelve la reposición es inimpugnable.

COMENTARIO

La reposición, es un recurso ordinario, no devolutivo, por el cual, en el proceso penal, se pide a la misma instancia que dictó un auto o una providencia que la sustituya por otra favorable al recurrente.

VÉSCOVI[456], lo define como un medio impugnativo que tiene por objeto que el mismo órgano que dictó la providencia lo revoque. La revocatoria, súplica, reforma o reconsideración (nombres con los que se conoce en el derecho comparado), constituye un remedio procesal tendiente a obtener que en la misma instancia se subsanen los agravios que ocasiona la resolución recurrida.

La introducción de este recurso es otra novedad del Código actual, toda vez que, el recurso de reposición no estaba descrito en el Código del cuarenta y su planteamiento se hacía mediante la aplicación supletoria de la norma procesal civil.

Respecto de los casos en donde la resolución impugnada es dictada en audiencia, lo que se busca, es terminar con la práctica usual, de que, se suspenda la audiencia, para tratar el recurso en otra audiencia, evitándose así la demora y lentitud del sistema procesal. En ese sentido SAN MARTÍN CASTRO, señala que, este recurso tiene su fundamento en la economía procesal representada por la conveniencia de evitar una doble instancia, otorgándole al tribunal, autor de una resolución, la oportunidad de corregirla luego de un nuevo estudio de la cuestión[457]. Ello conlleva también a una mejor preparación por parte de los magistrados, así como de los sujetos procesales. Además la inimpugnabilidad del auto que resuelve la reposición, se da por razones de abreviación, suficiente como para garantizar el derecho de la parte que recurre, toda vez que, a decir de la doctrina, se trata de cuestiones no trascendentales.

CONCORDANCIAS:
CPP. 420, 4, 421.2.

456 VÉSCOVI, Enrique: Los Recursos Judiciales y demás Medios Impugnativos en Iberoamérica, DEPALMA, Buenos Aires 1988, págs. 85-86.
457 SAN MARTÍN CASTRO, César: *op. cit.*, págs. 691-692.

SECCIÓN IV
EL RECURSO DE APELACIÓN
TÍTULO I
PRECEPTOS GENERALES

Art. 416°.- Resoluciones apelables y exigencia formal

1. El recurso de apelación procederá contra:
a) Las sentencias;
b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia;
c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;
d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva;
e) Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

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

COMENTARIO

La apelación, es un recurso ordinario y devolutivo, que conjuntamente con el de casación son los que más cambios tienen con el sistema de recursos impuesto por el codificador mediante el presente Código. Recurso por el cual, el litigante perjudicado por una resolución judicial somete la materia de dicha resolución a un tribunal superior del que la dictó. Es el recurso típico cuya interposición origina la competencia funcional de un órgano superior jerárquico, llamado órgano *ad quem*, respecto de quien ha pronunciado la resolución impugnada llamado órgano *a quo*.

En general el recurso de apelación sirve para impugnar todas las resoluciones que se dicten en primera instancia del proceso, salvo las que son objeto de recurso de reposición. Cuando lo que se recurre en apelación es la sentencia definitiva de primera instancia, la apelación, interpuesta ante el órgano que dictó esa sentencia (tribunal *a quo*), abre la segunda instancia, es decir, el entero objeto del proceso puede volver a ser enjuiciado por el tribunal superior *(ad quem)*.

El principio de doble instancia, exige que tratándose de sentencias o sus equivalentes que ponen fin a la instancia (autos señalados en el artículo bajo comentario), el legislador, está obligado a incorporar un recurso devolutivo, ordinario, de conocimiento integral, debido a que es imprescindible la lucha contra la arbitrariedad, ilegalidad y sobre todo contra el grado de falibilidad del juez. Es por ello que el recurso de apelación constituye un remedio imprescindible, que implica un doble juicio sobre el hecho (dos juicios sobre el mismo hecho).

Al respecto cabe señalar que el presente Código cuando describe las resoluciones que pueden ser apelables, a nuestro entender, es un tanto reglamentarista y detallista, lo cual es, contrario a lo que se trata de predicar y entender en un sistema ágil, que evite una serie de precisiones que encasillan al recurso en determinados parámetros.

Como ya lo habíamos manifestado el derecho al recurso es garantía fundamental del debido proceso y así lo entiende nuestra Ley fundamental, el Tribunal Constitucional en múltiples Sentencias y las normas supranacionales. Para que ello suceda se tiene que: a) garantizar su interposición antes que se dé cosa juzgada, b) que quien conozca del recurso debe ser un juez distinto y orgánicamente superior, c) que el órgano de apelación al igual que el órgano de instancia, debe ser un juez legal o natural constituido de acuerdo a la regla de ordinariedad y de predeterminación, d) que el proceso es uno solo que incluye la etapa de impugnación y ésta tiene que respetar los fines comunes de todo proceso, e) el recurso que se prevé para revisar el fallo y la pena debe ser un recurso ordinario, que permita un examen integral del hecho y del derecho y f) finalmente que el tribunal de alzada tenga el poder de subsanación o sustitución del fallo del *a quo*. Si lo antes mencionado no se cumple dentro de un proceso, dicho proceso no cumpliría con los estándares internacionales exigidos, (Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.). Siendo esto así, todo proceso debe contar con el recurso de apelación toda vez, que es el único recurso, que cumple con la doble instancia (doble grado de jurisdicción), pues implica un doble juicio sobre el caso y ello conlleva a que se pueda además de absolver al imputado, condenar también a un absuelto, debido a que el tribunal de alzada también valora prueba.

CONCORDANCIAS:

CPP. 9, 27.1, 28.5b, 37, 48.2, 49, 103, 154.3, 204, 251, 267, 274.3, 278, 278, 280, 284, 296.4, 311.4, 315.2, 319.2, 319.3, 347.3, 352.3, 401, 414, 417, 420, 421, 428, 450.2, 450.7, 454.4, 457.4, 466, 477.4, 478, 480, 486, 491.6, 493.3, 521.5, 537.3, 557.7; **CPC** 364, 365, ss.

Art. 417°.- Competencia

1. Contra las decisiones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado, conoce el recurso la Sala Penal Superior.
2. Contra las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, conoce del recurso el Juzgado Penal unipersonal.

CONCORDANCIAS:

CPP. 9, 416, 417 y ss.

Art. 418°.- Efectos

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.

COMENTARIO

El efecto suspensivo, implica la falta de jurisdicción del órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida, para conocer de la cuestión principal o de cualquier incidencia que pueda plantearse en el proceso, a no ser que éstas se tramiten en pieza separada[48]. **Paralizándose la ejecución o cumplimiento de la resolución de que se trate**[49].

Mediante el presente artículo, se reglamenta en detalle los únicos casos en que el recurso de apelación tendrá efecto suspensivo. Ello implica que las demás resoluciones apelables, en donde el Código no establece expresamente la suspensión de sus efectos, no producirán dicho efecto. Siendo esto así el recurso de apelación se admitirá en ambos efectos (devolutivo y suspensivo), sólo en los casos en que se trate de sentencias y demás resoluciones equivalentes que pongan fin a la instancia (autos definitivos), más no cuando se trate de autos interlocutorios, pues como bien señala GIMENO SENDRA, cuando se apela autos interlocutorios carece de sentido hablar de efecto suspensivo, por cuanto el recurrente ha de acumular dicha impugnación al eventual recurso de apelación que interponga frente a la sentencia, previa, eso sí, la "oportuna protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada"[50].

[48] CORTEZ DOMÍNGUEZ, Valentín: *op. cit.*, pág. 635.
[49] HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: *op. cit.*, pág. 563.
[50] GIMENO SENDRA, Vicente, *op. cit.*, pág. 120.

Sin embargo, sobre el particular CORTEZ DOMÍNGUEZ, señala que si la sentencia es absolutoria, el recurso de apelación en ningún caso puede entorpecer, por ejemplo la puesta en libertad del acusado así como impedir la cancelación de las medidas cautelares que se hayan podido tomar a lo largo del proceso[441]. Tratándose de una sentencia condenatoria el recurso de apelación produce el efecto suspensivo, toda vez que el mantenimiento de la situación de prisión después de la sentencia de condena apelada no es técnicamente ejecutar la sentencia, sino **mantener una situación cautelar que en ese caso es personal pero que es igualmente aplicable a situaciones cautelares reales**; situación que puede cambiar si se dan circunstancias que favorecen al imputado; ello debido a que siempre ha de primar el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia.

CONCORDANCIAS:
CPP. 9, 416, 417 y ss.

Art. 419°.- Facultades de la Sala Penal Superior

1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.
2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria.
3. Bastan dos votos conformes para absolver el grado.

COMENTARIO

Ya habíamos mencionado líneas antes, que el recurso de apelación constituye un medio de gravamen, básicamente porque está ordenado a obtener una resolución judicial que venga a sustituir a la primera en tanto perjudica los intereses del recurrente, pero que no necesariamente, esta, debe de ser ilegal o ilícita para ser objeto del recurso, pues la impugnación se puede deber a equivocaciones del juez en la labor lógica (efectos de juicio) que llevó a cabo para dictar y decidir una controversia ya sea procesal o material. El revisor superior o de alzada sencillamente se limita a realizar una valoración nueva e independiente, sin referirse a los errores o a los vicios de actividad que ha podido sufrir el juez de primera instancia o *a quo*. Sobre el particular SAN MARTÍN CASTRO, señala que el Juez Revisor tiene los mismos poderes y posibilidades que el Juez *a quo*, desde

[441] CORTEZ DOMÍNGUEZ, Valentín: *op. cit.*, pág. 637.

que por el medio de gravamen se pretende una nueva resolución, consecuentemente, el primero debe contar con el mismo nivel de conocimientos y de datos del segundo; en este caso el Juez Revisor conoce de nuevo el proceso y dicta una segunda resolución sobre lo ya decidido por el Juez *a quo*, es decir, su conocimiento es general, a diferencia del conocimiento restringido y limitado al examen del motivo de impugnación alegado, propio de la impugnación[442].

En la doctrina, existen dos sistemas de apelación: Primero tenemos el **sistema de apelación plena** (de origen alemán), el cual implica, una nueva instancia, un nuevo objeto sin atender lo dicho o hecho por las partes en la primera instancia, es decir que mediante éste sistema la apelación implica totalmente un nuevo juicio, en donde el tribunal de alzada va a realizar una revisión total de los hechos, es decir, no sólo lo que es objeto del recurso, si no toda la causa. En segundo lugar tenemos, al **sistema de apelación restringida o limitada** (de origen austriaca); sistema éste, que incorpora el Código bajo comentario, y que a decir del principio "*tantum apellatum, quanto devolutium*", o sea, tanto devuelto como apelado; se establece la prohibición que tiene el tribunal de alzada, de extenderse más allá de lo que las partes piden. Controlándose así lo decidido por el *a quo*, pero limitándose el *ad quem* al objeto de la apelación (pretensión), y utilizando determinado material probatorio que no pudo ser aportado en primera instancia. Además de ello y como excepción a esta regla, al ser el órgano superior un controlador de la labor del a quo, también está facultado para observar alguna anomalía procesal no advertida por el impugnante (Art. 409), al momento de plantear el recurso. Siendo necesario para que esta excepción (nulidades) opere, la interposición del recurso.

CONCORDANCIAS:
CPP. 9, 409, 416, 417, ss.

TÍTULO II
LA APELACIÓN DE AUTOS

Art. 420°.- Trámite

1. Recibidos los autos, salvo los casos expresamente previstos en este Código, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días.

[442] SAN MARTÍN CASTRO, César: *op. cit.*, pág. 696.

2. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, y se señalará día y hora para la audiencia de apelación.
3. Antes de la notificación de dicho decreto, el Ministerio Público y los demás sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, de lo que se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales por el plazo de tres días. Excepcionalmente la Sala podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.
4. El auto en el que la Sala declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415°.
5. A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia, que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra.
6. En cualquier momento de la audiencia, la Sala podrá formular preguntas al Fiscal o a los abogados de los demás sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida.
7. Salvo los casos expresamente previstos en este Código, la Sala absolverá el grado en el plazo de veinte días.

CONCORDANCIAS:
CPP, 9, 103, 415, 416, 417 y ss.

TÍTULO III
LA APELACIÓN DE SENTENCIAS

Art. 421°.- Trámite inicial

1. Recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días.
2. Cumplida la absolución de agravios o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días. El auto que declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415°.

CONCORDANCIAS:
CPP, 9, 415, 416 y ss.

Art. 422°.- Pruebas en Segunda Instancia

1. El escrito de ofrecimiento de pruebas deberá indicar específicamente, bajo sanción de inadmisibilidad, el aporte que espera de la prueba ofrecida.
2. 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.
3. Sólo se admitirán medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia. Si sólo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo. Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, rigen los límites estipulados en el artículo 374° del Código Procesal Civil.
4. La Sala mediante auto, en el plazo de tres días, decidirá la admisibilidad de las pruebas ofrecidas en función a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 155° y a los puntos materia de discusión en la apelación. La resolución es inimpugnable.
5. También serán citados aquellos testigos –incluidos los agraviados– que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta del juicio.

COMENTARIO

La posibilidad que ahora tienen las partes de aportar prueba en segunda instancia, es otra de la novedades que introduce este Código, pues con el arcaico Código del cuarenta, el aporte de pruebas en segunda instancia se entendía de una manera distinta, pues las partes **solo podían auxiliarse con la institución del para mejor resolver**, la cual constituía una etapa de la actividad probatoria muy limitada. Siendo esto así, el hecho de ahora admitirse prueba por el tribunal de alzada, conlleva a que también se tenga que realizar la valorización probatoria en dicha instancia, de una manera totalmente independiente a la realizada en primera instancia. Lo cual implica que se va ha tener que aplicar los criterios de valoración que el presente Código establece (Art. 393), y sobre los cuales ya nos hemos pronunciado. Mediante el presente artículo, lo que el codificador ha buscado, es otorgarle mayores garantías a las partes, sobre todo al imputado, pues si una prueba no fue practicada, con ello se estaría violando

el derecho a la prueba; eso es lo que nos dice la norma, pues recalcamos, es un derecho del justiciable que toda prueba sea practicada.

CONCORDANCIAS:
CPP. 155.2; CPC. 374.

Art. 423°.- Emplazamiento para la audiencia de apelación

1. Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación.
2. Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal.
3. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente.
4. Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces.
5. Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación; y,
6. Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.

CONCORDANCIAS:
CPP. 79.

Art. 424°.- Audiencia de apelación

1. En la audiencia de apelación se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia.
2. Al iniciar el debate se hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes. Acto seguido, se dará la oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como para que ratifiquen los motivos de la apelación.
3. A continuación se actuarán las pruebas admitidas. El interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar.
4. Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383°, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.

5. Al culminar la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden empezando por las recurrentes, de conformidad en lo pertinente con el numeral 1) del artículo 386°. El imputado tendrá derecho a la última palabra. Rige lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 386°.

CONCORDANCIAS:
CPP. 13, 383, 386.1, 386.5, 431.3.

Art. 425°.- Sentencia de Segunda Instancia

1. Rige para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia lo dispuesto, en lo pertinente, en el artículo 393°. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de diez días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos.
2. 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.
3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409°, puede:
   a) Declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar;
   b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.
4. La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública. Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia.
5. Contra la sentencia de segunda instancia sólo procede el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para su admisión.

6. Leída y notificada la sentencia de segunda instancia, luego de vencerse el plazo para interponer recurrirla, el expediente será remitido al Juez que corresponde ejecutarla conforme a lo dispuesto en este Código.

CONCORDANCIAS:
CPP. 393, 409, 426, 431.4, 443.

Art. 426°.- Nulidad del juicio

1. En los casos del literal a) del numeral 3) del artículo anterior, no podrán intervenir los jueces que conocieron del juicio anulado.
2. Si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en éste no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.

CONCORDANCIAS:
CPP. 425.3.

SECCIÓN V
EL RECURSO DE CASACIÓN

Art. 427°.- Procedencia

1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.
2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:
   a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
   b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.
   c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.
3. Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.
4. Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

COMENTARIO

El único recurso que tiene mención expresa en la Constitución, es el recurso de casación, citado en el artículo 141°, mediante el cual se establece como una competencia exclusiva del Supremo Tribunal, fallar en casación o última instancia. Al no encontrarse este recurso, reconocido por el Código del cuarenta, se convierte al igual que la apelación en otra de las innovaciones de la reforma procesal que este moderno Código introduce. La casación tiene su origen en la Revolución francesa, aunque su carácter de institución jurídico-política destinada originariamente a impedir la creación jurídica por los jueces y a garantizar la supremacía de la ley ha ido cediendo en favor de su actual fisonomía, netamente jurisdiccional.

La casación, es un recurso devolutivo, que constituye un juicio sobre el juicio, a decir de la doctrina más autorizada, es el juicio técnico de impugnación valorativo, preciso, en orden a examinar determinado tipo de resoluciones dictadas por el tribunal superior, con vicios relativos al juzgamiento (casación por infracción de la Ley) o al procedimiento (casación por quebrantamiento de forma), vale decir violación de la ley penal sustantiva o violación de la ley procesal, a fin de que se anulen («*casar*», de «*casser*», romper en francés) dichas resoluciones (en general, sentencias definitivas). En definitiva ella constituye, en enjuiciar el juicio jurídico del juez. Además de ello es un recurso extraordinario, considerado como la *ultima ratio*, debido a que procede si concurren únicamente los presupuestos y requisitos especiales (carácter tasado) establecidos por el presente Código y luego de agotados todos los demás recursos ordinarios.

Es también típico de la casación circunscribirse a la apreciación de los hechos históricos, tal como lo reconstruyeron los tribunales inferiores, de manera que sólo excepcionalmente puede el tribunal casacional modificar esa reconstrucción de los hechos. Suele decirse que el recurso de casación no puede, de ordinario, versar sobre la «*casta facti*», sino únicamente sobre la «*casta iuris*». El recurso de casación no constituye una nueva instancia, ni tampoco se abre de nuevo el procedimiento por la interposición o la admisión de dicho recurso.

A decir de HINOJOSA SEGOVIA, son dos los fines primordiales de la casación: la revisión o control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia (función nomofiláctica) y la unificación de criterios jurisprudenciales. A esta doble función clásica se ha añadido una tercera: la de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales[40]. Es decir la casación persigue el control de la legalidad de las resoluciones, si

[40] HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: En DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, AAVV: *op. cit.*, pág. 570.

efectivamente se cumplió la doble instancia y brinda una unidad, lo cual constituye un clamor en el ámbito penal, en el cual no se ha dado la unidad de criterio jurisprudencial porque no existe una publicación ordenada, sistematizada como lo determina la LOPJ, ni mucho menos se dan los plenos casatorios. En definitiva lo que se busca con este recurso es que, se garantice el valor seguridad jurídica y la unidad en la aplicación judicial del derecho y la tutela de los derechos materiales y procesales de carácter constitucional frente a las lesiones que puede causar el juez en su labor diaria. Es decir que se proteja la integridad de los derechos fundamentales.

Respecto a las resoluciones contra las que procede éste recurso, cabe señalar que el presente artículo establece limitaciones al detalle que dosifican su ámbito de acción, en el sentido que no toda resolución puede ser impugnada vía casación, sólo aquellas que por la gravedad del hecho y por la importancia que revisten, merecen la intervención del Supremo Tribunal. En ese sentido el legislador ha establecido parámetros a nuestro entender razonables, que refuerzan el carácter tasado de este recurso.

Así mismo a pesar de lo reglamentarista que es el presente Código, respecto de la casación, se estable una opción muy discrecional por parte de la Corte Suprema, en donde además de los casos descritos en forma detallada por el presente artículo, el Supremo Tribunal, puede decidir de manera discrecional si el tema impugnado es casacional o no, ello con la única finalidad de fomentar el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Como vemos con esto se mitiga la naturaleza extraordinaria del recurso, debido a que el carácter tasado de los motivos ya no tiene la misma fuerza limitativa dado el cauce casacional determinado por la infracción de preceptos constitucionales, que abre la casación en la práctica a cualquier motivo, pues en materia penal y procesal penal prácticamente cualquier causa razonable de impugnación puede tener engarce en la Constitución. Por otra parte la limitación del conocimiento del tribunal a las cuestiones estrictamente planteadas se quiebra a través de la doctrina de la "voluntad impugnativa" que permite resolver cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por cauce inadecuado, pero que se entienden comprendidas tácitamente en la impugnación formulada[444].

CONCORDANCIAS:
CPP. 430.3; **CPC.** 384, 385 y ss.

444 GIMENO SENDRA, Vicente, CONDE-PIMPIDO TOURÓN, Cándido, GARBERÍ LLOBREGAT, José. Los Procesos Penales, Editorial BOSCH, Barcelona 2000, T. VII, pág. 198.

Art. 428°.- Desestimación

1. La Sala Penal de la Corte Suprema declarará la inadmisibilidad del recurso de casación cuando:
   a) no se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos 405° y 429°;
   b) se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el Código;
   c) se refiere a resoluciones no impugnables en casación; y,
   d) el recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; o, si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.
2. También declarará la inadmisibilidad del recurso cuando:
   a) carezca manifiestamente de fundamento;
   b) se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida.
3. En estos casos la inadmisibilidad del recurso podrá afectar a todos los motivos aducidos o referirse solamente a alguno de ellos.

CONCORDANCIAS:
CPP. 9, 405, 416, 417, 429, 430.6.

Art. 429°.- Causales

Son causales para interponer recurso de casación:

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

CONCORDANCIAS:
CPP. 428.1, 430.3; **CPC:** 386.

Art. 430°.- Interposición y admisión

1. El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 405°, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente

los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.

2. Interpuesto recurso de casación, la Sala Penal Superior sólo podrá declarar su inadmisibilidad en los supuestos previstos en el artículo 405° o cuando se invoquen causales distintas de los enumerados en el Código.
3. Si se invoca el numeral 4) del artículo 427°, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme al artículo 429°, el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.
4. Si la Sala Penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un Distrito Judicial distinto de Lima, fijen nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación.
5. Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, siempre que previamente hubieren cumplido ante la Sala Penal Superior con lo dispuesto en el numeral anterior. Si, conforme a lo dispuesto en el numeral anterior, no se señaló nuevo domicilio procesal, se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema.
6. Acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá conforme al artículo 428° si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo. Esta resolución se expedirá dentro del plazo de veinte días. Bastan tres votos para decidir si procede conocer el fondo del asunto.

CONCORDANCIAS:
CPP. 405, 427, 428, 429.

Art. 431°.- Preparación y Audiencia

1. Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.
2. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación.

3. Instalada la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente. Si existen varios recurrentes, se seguirá el orden fijado en el numeral 5) del artículo 424°, luego de lo cual informarán los abogados de las partes recurridas. Si asiste el imputado, se le concederá la palabra en último término.
4. Culminada la audiencia, la Sala procederá, en lo pertinente, conforme a los numerales 1) y 4) del artículo 425°. La sentencia se expedirá en el plazo de veinte días. El recurso de casación se resuelve con cuatro votos conformes.

CONCORDANCIAS:
CPP. 424.5, 425.4.

Art. 432°.- Competencia

1. El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso sólo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.
2. La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos.
3. Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria.

Art. 433°.- Contenido de la sentencia casatoria y Pleno Casatorio

1. Si la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la sentencia o auto recurridos, podrá decidir por sí el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, u ordenar el reenvío del proceso. La sentencia se notificará a todas las partes, incluso a las no recurrentes.
2. Si opta por la anulación sin reenvío en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido. Si decide la anulación con reenvío, indicará el Juez o Sala Penal Superior competente y el acto procesal que deba renovarse. El órgano jurisdiccional que reciba los autos, procederá de conformidad con lo resuelto por la Sala Penal Suprema.
3. En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo

Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

4. Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior.

Art. 434°.- Efectos de la anulación

1. La anulación del auto o sentencia recurridos podrá ser total o parcial.
2. Si no han anulado todas las disposiciones de la sentencia impugnada, ésta tendrá valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. La Sala Penal de la Corte Suprema declarará en la parte resolutiva de la sentencia casatoria, cuando ello sea necesario, qué partes de la sentencia impugnada adquieren ejecutoria.

Art. 435°.- Libertad del imputado

Cuando por efecto de la casación del auto o sentencia recurridos deba cesar la detención del procesado, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenará directamente la libertad. De igual modo procederá, respecto de otras medidas de coerción.

Art. 436°.- Improcedencia de recursos

1. La sentencia casatoria no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la acción de revisión de la sentencia condenatoria prevista en este Código.
2. Tampoco será susceptible de impugnación la sentencia que se dictare en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria. Sí lo será, en cambio, si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria.

SECCIÓN VI
EL RECURSO DE QUEJA

Art. 437°.- Procedencia y efectos

1. Procede recurso de queja de derecho contra la resolución del Juez que declara inadmisible el recurso de apelación.
2. También procede recurso de queja de derecho contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación.
3. El recurso de queja de derecho se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso.
4. La interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

COMENTARIO

Recurso ordinario y devolutivo, por el cual se pide al tribunal superior, de aquél que dictó una resolución, que la revoque, sustituyéndola por otra que favorezca al recurrente. En general procede contra resoluciones en las que el tribunal inferior no admite la interposición de un recurso devolutivo (apelación, casación) frente a sus propias resoluciones. Así pues, el recurso de queja viene a ser un recurso instrumental de los demás, a efecto de que el tribunal inferior no elimine indebidamente la posibilidad de que sus resoluciones sean impugnadas ante tribunales superiores.

Lo que busca la queja, es que el superior revise si la inadmisión del recurso, esta legalmente dictada. De lo que se trata, es de impedir que un recurso devolutivo (apelación o casación) quede injustificado y definitivamente frustrado por error del órgano judicial ante el cual se ha intentado preparar[445].

ROXIN, señala que la queja en principio no obstruye la ejecución, esto es, no tiene efecto suspensivo[446].

CONCORDANCIAS:

CPP. 9, 416, 417 y ss; CPC. 401, 402 y ss.

Art. 438°.- Trámite

1. En el recurso de queja se precisará el motivo de su interposición con invocación de la norma jurídica vulnerada. Se acompañará el escrito que motivó la resolución recurrida y, en su caso, los referentes a su tramitación; la resolución recurrida; el escrito en que se recurre; y, la resolución denegatoria.

[445] ARMENTA DEU, Teresa: *op. cit.*, pág. 300.
[446] ROXIN, Claus: *op. cit.*, pág. 489.

2. Rige lo dispuesto en los dos últimos párrafos del artículo 403° del Código Procesal Civil.
3. Interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional competente decidirá, sin trámite alguno, su admisibilidad y, en su caso, su fundabilidad. Para decidir, puede solicitarse al órgano jurisdiccional inferior copia de alguna actuación procesal. Este requerimiento puede cursarse por fax u otro medio adecuado.
4. Si se declara fundada la queja, se concede el recurso y se ordena al Juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las partes.
5. Si se declara infundada la queja, se comunica la decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

CONCORDANCIAS:
CPP. 403.

SECCIÓN VII
LA ACCIÓN DE REVISIÓN

Art. 439°.- Procedencia

La revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y sólo a favor del condenado, en los siguientes casos:

1. Cuando después de una sentencia se dictara otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, resulte de su contradicción la prueba de la inocencia de alguno de los condenados.
2. Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada.
3. Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.
4. Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado.
5. Cuando se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado.
6. Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema.

COMENTARIO

Como ya lo habíamos mencionado, para la doctrina, existen dos modalidades de impugnación, –modalidades que el presente Código reconoce– que son: **"el recurso"** (reposición, apelación, casación y queja) y la **"acción de impugnación"** (revisión). Siendo la diferencia central que permite esta división, que el recurso incide en una resolución impugnable dictado en un proceso y dentro de él, es decir impugnar resoluciones no firmes; en cambio cuando hablamos de acción de impugnación, estamos hablando de una impugnación de carácter excepcional dirigida contra sentencias firmes de condena, (típicamente la acción de revisión penal). Siendo esto así, la revisión es un medio de impugnación que procede solamente contra sentencias firmes; es decir aquellas contra las que no cabe recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes[447].

A pesar de su nombre, **es un proceso[448] que se sigue para la anulación de sentencias firmes (Cosa Juzgada)** promovido por quien perdió un proceso anterior y puede fundamentalmente acogerse a ciertos motivos específicos legalmente tasados (tales como los especificados en éste artículo) que justifican aquella anulación. Acota TOME GARCÍA, que la revisión **no sería, por tanto, un recurso**, sino una acción autónoma que **da lugar a un proceso nuevo** en el que se persigue **la rescisión** de una sentencia firme[449]. En ese mismo sentido SAN MARTÍN CASTRO, señala que, en tanto con la revisión se persigue rescindir sentencias que tienen la calidad de cosa juzgada, no puede menos que calificarla de excepcional y de **acción impugnatoria independiente o proceso autónomo**, que por tanto, está sometido en su iniciación y desarrollo a la concurrencia de determinados presupuestos, requisitos y condiciones característicos y privados de todo proceso[450].

[447] MORENO CATENA, Víctor: El Proceso Penal, T. V, pág. 3564.
[448] En el tema de la naturaleza jurídica de la revisión, la doctrina ha mantenido distintas posturas que, fundamentalmente, se pueden reconducir a dos: a) Aquellos que la consideran como un recurso extraordinario o excepcional; b) Aquellos que entienden que con la revisión estamos ante una acción de impugnación autónoma que da origen a un proceso nuevo cuya finalidad es rescindir una sentencia firme. La primera de las tesis indicadas, está prácticamente abandonada en la doctrina moderna (...). TOME GARCÍA, José Antonio: En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, págs. 587-588.
[449] TOME GARCÍA, José Antonio: En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, pág. 588.
[450] SAN MARTÍN CASTRO, César: *op. cit.*, T. II, pág. 753.

Art. 440°.-Legitimación

1. La acción de revisión podrá ser promovida por el Fiscal Supremo en lo Penal y por el condenado.
2. Si el condenado fuere incapaz, podrá ser promovida por su representante legal; y, si hubiera fallecido o estuviere imposibilitado de hacerlo, por su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, en ese orden.

Art. 441°.-Contenido de la demanda

1. La demanda de revisión será presentada ante la Sala Penal de la Corte Suprema. Debe contener lo siguiente:
   a) La determinación precisa de la sentencia cuya revisión se demanda, con indicación del órgano jurisdiccional que la dictó;
   b) La causal invocada y la referencia específica y completa de los hechos en que se funda, así como las disposiciones legales pertinentes.
   c) La indemnización que se pretende, con indicación precisa de su monto. Este requisito es potestativo.
2. Se acompañará copia de las sentencias expedidas en el proceso cuya revisión se demanda. Asimismo, se acompañará la prueba documental si el caso lo permite o la indicación del archivo donde puede encontrarse la misma.
3. Cuando la demostración de la causal de revisión no surge de una sentencia judicial irrevocable, el recurrente deberá indicar todos los medios de prueba que acrediten la verdad de sus afirmaciones.
4. La Sala Penal de la Corte Suprema podrá otorgar un plazo al demandante para que complete los requisitos faltantes.

Art. 442°.- Efectos

La interposición de la demanda de revisión no suspende la ejecución de la sentencia. Sin embargo, en cualquier momento del procedimiento, la Sala podrá suspender la ejecución de la sentencia impugnada y disponer, de ser el caso, la libertad del imputado, incluso aplicando, si correspondiere, una medida de coerción alternativa.

Art. 443°.- Trámite

1. Interpuesta la demanda con sus recaudos, la Sala examinará si reúne los requisitos exigidos en los artículos anteriores. Si la demanda fuera inadmitida, la decisión se tomará mediante auto dictado por unanimidad.
2. Si se admite la demanda, la Sala dará conocimiento de la demanda al Fiscal o al condenado, según el caso. Asimismo, solicitará el expediente de cuya revisión se trate y, si correspondiera, la prueba documental señalada por el demandante.

3. De igual manera, dispondrá, si fuere necesario, la recepción de los medios de prueba ofrecidos por el demandante, por la otra parte y los que considere útiles para la averiguación de la verdad. De esas actuaciones se levantará el acta correspondiente, pudiendo la Sala designar uno de los miembros para su actuación.
4. Concluida la actuación probatoria, que no podrá exceder de treinta días, la Sala designará fecha para la Audiencia de Revisión, a la que se citarán al Fiscal y el defensor del condenado, de su representante o del familiar más cercano. La inasistencia del demandante determinará la declaración de inadmisibilidad de la demanda.
5. Instalada la audiencia de revisión, se dará cuenta de la demanda de revisión y de la prueba actuada. Acto seguido, informarán oralmente el Fiscal y el abogado del condenado, de su representante o del familiar más cercano. Si el imputado asiste a la audiencia hará uso de la palabra en último lugar. Concluida la audiencia, la Sala emitirá sentencia en audiencia pública en el plazo de veinte días. Rige lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 425°.

CONCORDANCIAS:
CPP, 425.4.

Art. 444°.- Sentencia

1. Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación y la remitirá a nuevo juicio cuando el caso lo requiere, o pronunciará directamente la sentencia absolutoria.
2. Si la sentencia dispone un nuevo juicio, éste será tramitado conforme a las reglas respectivas. El ofrecimiento de prueba y la sentencia no podrán fundarse en una nueva apreciación de los mismos hechos del proceso, con independencia de las causales que tornaron admisible la revisión.
3. Si la sentencia es absolutoria, se ordenará la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación y de multa, así como –de haberse solicitado- la indemnización que corresponda por error judicial.
4. La sentencia se notificará a todas las partes del proceso originario.

Art. 445°.- Renovación de la demanda

La denegatoria de la revisión, o la ulterior sentencia confirmatoria de la anterior, no impide una nueva demanda de revisión, siempre que se funde en otros hechos o pruebas.

PABLO SÁNCHEZ VELARDE
Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

EL NUEVO PROCESO PENAL

IDEMSA
Lima - Perú

EL NUEVO PROCESO PENAL

Primera Edición: Lima - abril de 2009
Derechos reservados conforme a ley

© IDEMSA
Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com

Lima: Jr. Contumazá Nº 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José Nº 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri Nº 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú Nº 2009-04557
ISBN: 978-612-4037-02-3
Ejemplares: 1500

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita de los editores y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

A nuestro Profesor Juan Montero Aroca
por sus enseñanzas y consejos.

A mis alumnos de Derecho Procesal Penal.

I. ASPECTOS GENERALES

1. CONCEPTOS

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

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

Los medios impugnatorios son los instrumentos legales puestos a disposición de las partes y destinados a atacar una resolución judicial para provocar su reforma o anulación.[248] También son definidos como el conjunto de actos de postulación a través de los cuales la parte gravada por la resolución definitiva puede obtener su revisión, ya sea por el mismo órgano judicial que la dictó, ya sea por otro superior, con el objeto de evitar errores judiciales y asegurar la aplicación correcta y uniforme

248 Ortells Ramos, Manuel, *Derecho Jurisdiccional*, Proceso Penal, T. III, con otros autores, Bosch, 1994, p. 421.

del Derecho.[249] A través de la impugnación se introducen mecanismos de revisión y de control de las resoluciones judiciales. [250]

La existencia de los medios impugnatorios se fundamenta en la *falibilidad humana,* que se puede materializar en errores o vicios y, a decir del maestro italiano CARNELUTTI[251], "El ordenamiento del proceso no puede permanecer indiferente a ese peligro". En consecuencia, el sistema nos brinda un correctivo necesario: los medios impugnatorios.

Bajo el título "La Impugnación", el nuevo proceso penal regula los llamados recursos impugnatorios que son aquellos actos procésales que pueden hacer uso las partes procesales cuando consideran que la resolución judicial les causa agravio y esperan que se modifique, revoque o anule. El art. I. 4 del nuevo código procesal penal establece que "las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación." Consecuentemente, y a diferencia de la legislación anterior, se regula debidamente el *derecho a la impugnación* a través de los recursos que la misma ley prevé a partir del art. 404 del código nuevo.

En nuestro medio es común identificar, medio impugnatorio, recurso, inclusive confundimos recursos con remedios, pese a ser distintos. A pesar de las innumerables clasificaciones que se han propuesto, nos adherimos a la más sencilla y fácil. En tal sentido, los medios impugnatorios son el género que engloba tanto a los remedios y recursos. Siendo los remedios una clase de medios impugnatorios que se dirigen a atacar actos procesales, no comprendidos en una resolución judicial; mientras que los recursos permiten a la parte agraviada solicitar revisión de una decisión contenida en una resolución que aún no adquiere la calidad de firme.

El Código Procesal Penal 2004 en el libro referente a la impugnación no distingue los tipos de medios impugnatorios, sino regula genéricamente el tema de los recursos mencionando los siguientes: reposición, apelación, casación y queja (artículo 413). Dentro del libro de impugnación, en la sección VII, el código regula la acción de revisión que no es en escrito un medio impugnatorio, sino, una acción de impugnación, que sirve para objetar sentencias firmes, que han adquirido la calidad de cosa juzgada, es decir, es el ejercicio de una nueva acción que origina un nuevo proceso, sólo en casos taxativamente enunciados por la ley.

249 GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2004, p. 703.
250 BENDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad Hoc, 2° edición, Buenos Aires, 2004, p. 285.
251 CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Tomo I, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1971, pág. 260.

2. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN LOS RECURSOS

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

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

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

c. *Principio dispositivo.*- Significa que los recursos sólo pueden formulados por los sujetos procesales que se encuentren legitimados, en tal sentido, la revisión de la resolución judicial tendrá como

límite la pretensión del recurrente. El principio de *congruencia recursal*, constituye una derivación de este principio, en razón del cual, el órgano superior sólo se puede pronunciar con respecto a lo que es objeto o materia de impugnación. En ese sentido, el Código establece que el Tribunal revisor tiene competencia para resolver la materia impugnada. En ese punto el código concede, al órgano revisor, la potestad de declarar la nulidad en el caso de nulidades (absolutas o sustanciales) que no hayan sido advertidas por el impugnante (art. 409.1).

Vinculado al principio dispositivo, encontramos dos instituciones que recoge el código: la adhesión y el desistimiento[252], regulados, en los artículos 404.4 y 406 respectivamente. El primero implica que los sujetos que tengan derecho a recurrir (y en su momento no lo hicieron), podrán adherirse al recurso interpuesto (por cualquiera de los sujetos procesales), antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda. Por su parte el segundo implica que los que hayan interpuesto el recurso pueden desistirse antes de expedirse la resolución, debiendo expresar sus fundamentos. En el caso que el recurso haya sido interpuesto por el abogado defensor, éste no podrá desistirse sin mandato expreso de su patrocinado. El desistimiento de uno de los recurrentes no afecta a los demás recurrentes o adherentes, pero aquél debe responder por las costas.

d. *Principio de prohibición de reforma en peor.*- El principio de prohibición de reforma en peor, se sustenta en razones de justicia y equidad, a favor del imputado. Se encuentra regulada expresamente en el Código de la siguiente manera: "[...] La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio"(artículo 409.3). De acuerdo con este principio -prohibición de *reformatio in peius*- se prohíbe que el órgano revisor agrave aún más la situación del imputado, cuando éste sea el único recurrente, ya que el fiscal consintió la resolución quedando prohibido reformar para empeorar la situación del imputado. En el caso que impugnen tanto el imputado como el representante del Ministerio Público se puede re-examinar la sentencia en ambos sentidos: a favor o en contra del imputado. Asimismo, cuando el representante del Ministerio Público sea el único recurrente se permite al Juez, revocar o modificar la resolución, aún a favor del imputado.

252 IBERICO CASTAÑEDA, Fernando. *Manual de impugnación y recursos en el nuevo modelo procesal penal*. En: Código Procesal Penal. Manuales operativos, Academia de la Magistratura, Lima, 2007, p. 81 y ss.

e. *Principio de inmediación.*- Según MONTERO AROCA[253], no es idóneo un recurso resuelto sólo sobre la base de materiales y elementos correspondientes a la primera instancia. Una de las novedades código es la vigencia de este principio, pues para resolver, como es el recurso de la apelación contra sentencia, se necesita de una audiencia, en la cual el órgano revisor, tendrá la oportunidad de conocer directamente a los órganos de prueba y sobre esa base, decidir.

3. EFECTOS

Los recursos en materia penal, pueden producir diversos efectos: devolutivo, suspensivo, diferido, y extensivo.

El *efecto devolutivo*, implica que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano judicial superior (*A quem*), de aquel que dictó la resolución impugnada (*A quo*). Todos los recursos en materia penal poseen este efecto a excepción del recurso de reposición.

El *efecto suspensivo*, significa la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial cuando el recurso es admitido. Es el impedir la vigencia del acto del juez *A quem* y por tanto su cumplimiento. El artículo 412 regula el efecto no suspensivo de los recursos, señalando que "Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente". También refiere que las impugna-

253 MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 180

ciones contra sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado, no podrán tener efecto suspensivo.

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

El *efecto diferido,* procede cuando hay pluralidad de imputados o de delitos, en caso que se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de otros. En tal supuesto si se presenta una impugnación y es concedida, la remisión de los autos al órgano revisor se producirá, cuando se dicte la sentencia que ponga fin a la instancia, a excepción de aquellos casos en que se ocasione grave perjuicio a alguna de las partes (art. 140). La parte perjudicada puede interponer recurso de queja, en la forma prescrita por ley.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS

No obstante que la doctrina ha propuesto diversos criterios de clasificación de los recursos, sólo abordaremos clasificación en atención a las formalidades exigidas por la ley, según la cual los recursos se clasifican en ordinarios y extraordinarios.

En los recursos ordinarios, para su interposición y consecuente concesión, se requiere básicamente de la fundamentación del mismo, precisando el vicio o error que se ha incurrido al dictar la resolución impugnada, (ejemplo la apelación). Por el contrario los recursos extraordinarios, son de carácter excepcional, requieren el cumplimiento de un mayor número de requisitos, (ejemplo la casación).

II. LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL 2004

1. CARACTERÍSTICAS COMUNES

El Código exige las siguientes formalidades:

a. Se interpone por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y legitimidad; por escrito y dentro de los plazos previstos por ley; también se puede interponer oralmente cuando se trata de resoluciones dictadas en una audiencia judicial, (art. 405.1), pero si se interpone oralmente contra resoluciones finales, se formalizará por escrito en el plazo de 5 días (art. 405.2).

b. El recurso impugnatorio debe de precisar los puntos de la resolución que le afecten o le causen agravio, expresar los fundamentos de hecho y derecho y concluir formulando la pretensión concreta.

c. El juez se pronunciará sobre la admisión del recurso, notificará a las partes y elevará inmediatamente lo actuado al juez inmediato superior (excepto del recurso de reposición).

d. El juez que conoce de la impugnación podrá, de oficio, controlar la admisibilidad del recurso y anular el concesorio, cuando no se cumplan con los requisitos preestablecidos.

e. En el caso que el Tribunal revisor advierta errores de derecho que no hayan influido en la parte resolutiva de la resolución impugnada, no se anularán y serán corregidas. Procediéndose de igual forma cuando se trate de errores materiales en la denominación o en el cómputo de penas.

f. Se prevén los siguientes plazos: dos días para la reposición, cinco días para la apelación de sentencia, tres días para la apelación contra autos y para el recurso de queja y diez días para la casación (art. 414).

2. EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Se trata de un recurso no devolutivo, ya que su tramitación y resolución corresponde al órgano judicial que dictó la resolución impugnada. A decir de GIMENO SENDRA[254] es un *recurso de reforma*, ordinario, no devolutivo, ni suspensivo que procede contra las resoluciones interlocutorias dictadas por el órgano jurisdiccional.

Se dirige contra los decretos que son decisiones de trámite judicial, con la finalidad de que el juez que lo dictó examine nuevamente el caso y dicte la resolución que corresponda (art. 415.1).

El Código Procesal Penal diferencia la tramitación de este recurso en función a que si fue presentado en audiencia o no. En el primer caso, será admisible contra todo tipo de resolución, salvo las finales[255], debiendo el Juez resolver el recurso en ese mismo acto, sin suspender la audiencia. En el segundo caso, cuando se trate de una decisión que no fue dictada en audiencia, el recurso se interpondrá por escrito, en el plazo de 2 días, que se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución, de ser el caso, si el Juez considera necesario (es una potestad facultativa de él) conferirá traslado por un plazo de 2 días y una vez vencido el plazo resolverá.

Una vez interpuesto el recurso, en el caso que el Juez advierta que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente (irrebatiblemente) inadmisible, lo declarará así sin más trámite. Por último el auto que resuelve la reposición es inimpugnable.

254 GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 710.

255 Cabe anotar que el Código, en el artículo 415.1, segundo párrafo, prescribe que: "Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición *contra todo tipo de resolución*, salvo las finales, [...]" (énfasis nuestro). La frase subrayada debe ser entendida: contra resoluciones que sean decretos, porque de otro modo se desvirtuaría la finalidad del recurso de reposición. De manera muy excepcional, el Código establece que para determinados autos, procede recurso de reposición, Ej. Arts. 420.4, 421.2 segundo párrafo.

3. EL RECURSO DE APELACIÓN

a. *Concepto y finalidad.*- La apelación constituye uno de los recursos impugnatorios de mayor frecuencia en el proceso penal. ORTELLS RAMOS[256] sostiene que se trata del recurso ordinario por antonomasia y que a través de aquél un órgano jurisdiccional de grado superior puede juzgar y resolver de nuevo cuestiones fácticas y jurídicas ya resueltas y hacerlo con la amplitud que determine el recurrente y que autoricen los poderes oficiales de aquel órgano jurisdiccional.

Es un recurso por naturaleza devolutivo, ya que el reexamen o revisión de la resolución impugnada es de competencia del órgano jurisdiccional superior de aquél que lo expidió. Siendo su finalidad la de revisar lo resuelto por la instancia judicial inferior y de esa manera posibilitar un mayor grado de acierto y justicia de la resolución.

b. *Ámbito.*- Procede contra dos tipos de resoluciones: las sentencias y los autos. El artículo 416 del Código, prevé lo siguiente:

"1. El recurso de apelación procederá contra:

a. Las sentencias;

b. Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia;

c. Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;

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

e. Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable. [...]"

256 ORTELL RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, citado, p. 353.

c. *Características*

1. El plazo para la interposición de la apelación es de cinco días para la apelación contra sentencias; tres días para la apelación contra autos interlocutorios (aquellos que no ponen fin al proceso). El plazo se contará desde el día siguiente de la notificación de la resolución (artículo 414). Cuando el recurso de apelación sea interpuesto oralmente, en audiencia, contra resoluciones finales (Ej. Sobrescimiento, terminación anticipada), se tendrá que formalizar por escrito en el plazo de cinco días (artículo 405.2)
2. La Sala Penal Superior conoce de las resoluciones dictadas por el juez de la investigación preparatoria, juez penal, unipersonal o colegiado (todos los mencionados pertenecen a un mismo nivel jerárquico dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial); mientras que el Juez Penal unipersonal conoce de la apelación contra la sentencia dictada por el Juez de Paz Letrado.
3. La apelación tendrá efectos suspensivos cuando se trate de sentencias, autos que resuelvan sobreseimientos o que pongan fin a la instancia. En el caso que se trate de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad, ese extremo se ejecutará provisionalmente. El Tribunal Superior, en cualquier estado del proceso recursal, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá decidir si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse. Esta resolución es inimpugnable (art. 418).
4. La Sala Superior puede anular o revocar, total o parcialmente, la resolución impugnada. Incluso, tratándose de sentencia absolutoria podrá dictar sentencia de condena (art. 419.2). Ello en razón a que, con la nueva regulación se instaura juicio de apelación, donde se permite la actuación de pruebas (sobre eso nos referiremos en adelante).
5. En el caso que la Sala Penal Superior tenga su sede en un lugar distinto del Juzgado, el recurrente deberá fijar domicilio procesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio del recurso de apelación. En caso contrario, se le tendrá por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones dictadas por la Sala Penal Superior (artículo 416.2).

d. *Apelación contra autos: trámite (art. 420).*- El recurso de apelación se interpone ante el Juez que emitió la resolución, quien efectúa un primer control de admisibilidad, luego de ello notifica la decisión a todas las partes, procediendo a elevar los autos al órgano superior (art. 405.3).

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

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

En la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales, que lo estimen conveniente y no podrá aplazarse por ningún motivo. El desarrollo de la audiencia es el siguiente: se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso; luego tomará la palabra el abogado recurrente y a los de-

más abogados; el acusado tendrá el derecho a la última palabra. La Sala, en cualquier momento de la audiencia, puede formular preguntas a los intervinientes, solicitarles que profundicen su argumentación o se refieran a algún punto concreto de la cuestión debatida. La Sala absolverá el grado en el plazo de 20 días, salvo disposición contraria prevista.

e. *Apelación contra sentencias: trámite, medios probatorios, audiencia de apelación, sentencia en segunda instancia y nulidad del juicio (art. 421 y siguientes).*

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

El juicio de apelación de la sentencia se encuentra regulado en los artículos 421 al 426 del nuevo código y establece las siguientes reglas que se relacionan con la admisibilidad, actuación de pruebas, audiencia pública y la sentencia de segunda instancia.

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

b. Las partes harán su ofrecimiento de pruebas por escrito debiendo indicar el aporte que espera con dicha prueba, bajo sanción de inadmisibilidad. Sólo se admitirá: i) la prueba que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia; ii) las pruebas que fueron indebidamente

denegadas y hubiere formulado reserva; iii) las pruebas que fueron admitidas pero no pudieron actuarse por causas ajenas a la parte. Los medios probatorios deben estar referidos a la impugnación de la culpabilidad o inocencia del imputado; a la determinación de la sanción; o a la reparación civil; en este último caso, rigen los límites del art. 374 del CPC.

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

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

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

f. En la audiencia se seguirán las reglas del juicio oral en lo que sea compatible; se dará cuenta de la sentencia y de la impugnación; las partes podrán ratificarse de la apelación o desistirse total o parcialmente de la misma; se actuarán las pruebas admitidas (declaración de testigos, peritos); se examinará al imputado de manera obligatoria si se trata de una impugnación sobre su responsabilidad, pero puede abstenerse a declarar; se podrán examinar a los testigos o agraviados,

también al perito o dar lectura al dictamen pericial o prueba documental admitida. También se posibilita la actuación de pruebas de oficio (art. 424.4).

g. Culminada la actuación de pruebas, las partes harán sus alegatos debiendo iniciarlo el recurrente; el acusado siempre podrá hacer uso del derecho a la última palabra, es decir, en su caso, será el último que exponga ante la Sala.

h. Seguidamente se suspenderá la audiencia para proceder a la deliberación y expedición de la sentencia, bajo las reglas ya expresadas, la misma que tendrá un plazo máximo de diez días. La sentencia se decide por unanimidad o por mayoría. Hay que señalar que la Sala valorará la prueba actuada en la audiencia de apelación, incluso la que cuestione la prueba actuada en la fase anterior. De acuerdo con la nueva ley procesal, la Sala puede: i) resolver la nulidad, en todo o en parte de la sentencia apelada, remitiendo al juez lo actuado para la subsanación del caso; ii) confirmar o revocar la sentencia apelada, incluso, si la sentencia es absolutoria, puede dictar una de condena imponiendo pena y reparación civil, decisión que puede ser opinable pero perfectamente viable en el nuevo contexto de la ley procesal; también la Sala puede referir un fundamento distinto para absolver; si la sentencia es condenatoria puede dictar la absolución, o referir un fundamento distinto; iii) también puede modificar la pena, asimismo, imponer, modificar o excluir penas accesorias o medidas de seguridad (art. 425.3).

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

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

k. Contra la sentencia de apelación sólo procede el pedido de aclaración, corrección y el recurso de casación.

l. Leída y notificada la sentencia, se remite lo actuado al Juez que corresponda para la ejecución del fallo.

Como se podrá observar, las facultades de la Sala Superior de apelación son amplias, pero además, permite una revisión de lo actuado en el juicio de primera instancia bajo los mismos principios de contradición, oralidad e inmediación.

4. EL RECURSO DE CASACIÓN

a. Concepto y clases.- La casación en materia penal constituye una de las instituciones procesales de mayor arraigo en la doctrina, que permite la formación de la jurisprudencia suprema. Para CLAUS ROXIN la casación es un recurso limitado, permite el *control in iure*, lo que significa que "la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal."[257]

También ha sido definida la casación como el medio de impugnación *extraordinario*, con efectos devolutivos y a veces suspensivo y extensivo, mediante el cual se somete al Tribunal Supremo el conocimiento, a través de unos motivos tasados, de determinadas Sentencias y Autos definitivos dictados por órganos colegiados con el fin de lograr la anulación de la resolución recurrida, todo ello con fundamento en la existencia de vicios en la aplicación e interpretación de las normas de Derecho material o procesal, aplicables al caso.[258]

La finalidad de la casación no es el aseguramiento de la *unidad del Derecho* y la realización de la *justicia en el caso individual*, sino el aseguramiento de una protección jurídica realista, "pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (sólo) aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, por ello no son del dominio

257 ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, 1ª edición en castellano, Buenos Aires, 2000, p. 466.
258 GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal penal*, citado, p. 745.

natural del juez de primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos."[259]

Pueden distinguirse dos clases de casación: a) casación por infracción de la ley, y b) casación por quebrantamiento de forma. En el primer caso, se anula la resolución porque el fallo no corresponde a la voluntad de la ley sustantiva; y la segunda, se anula la resolución porque habiéndose infringido las formas prescritas por la norma procesal para la actuación de esa voluntad, no puede saberse si aquél corresponde o no a ella.[260] También se distingue la *casación sustantiva*, que permite determinar si el derecho material ha sido correctamente aplicado al hecho comprobado por el tribunal de mérito; y la *casación procesal*, para atacar los errores procesales, en tanto el tribunal de casación no sólo revisa si el derecho procesal ha sido correctamente interpretado, sino también si el tribunal inferior ha constatado correctamente las circunstancias fácticas que se subsumen bajo una norma procesal.[261]

b. *Procedencia.*- La nueva ley procesal introduce la casación penal bajo determinadas reglas de procedimiento, precisando en primer orden que procede contra: 1) las sentencias definitivas; 2) los autos de sobreseimiento y 3) los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, dictadas en apelación por las Salas Superiores (art. 427.1).

En los casos indicados anteriormente, se tiene que tener en cuenta la exigencia de determinado *cuantum punitivo* previsto en la norma penal para su procedencia; así, se requiere que el auto que ponga fin al procedimiento se refiera a un delito cuyo extremo mínimo de la pena prevista en la ley sea superior a seis años; o la sentencia dictada sea por delito que tenga señalada en la ley en su extremo mínimo pena superior a seis años; en ambos casos se

259 ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 469.
260 GOMEZ COLOMER, Juan-Luis, *El proceso penal español*, Valencia, Tirant lo blanch, 2ª edición, 1997, p. 321.
261 ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 469.

trata de la pena conminada que establece el código penal para el delito y no la pena que se haya impuesto o solicitada en la acusación escrita (si fuera este último caso). En tal sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema ha declarado la *inadmisible objetiva* del recurso de casación debido a que el delito materia de proceso penal -hurto agravado- se encuentra sancionado con pena inferior a seis años en su extremo mínimo, lo que impide apreciar los demás supuestos de admisibilidad formales y subjetivas.[262]

También se considera la procedencia de la casación cuando se trate de sentencias que imponga la medida de seguridad de internación; o cuando el monto de la reparación civil fijada en primera o segunda instancia sea superior a cincuenta unidades de referencia procesal; o el objeto no pueda ser valorado económicamente (art. 427.2, 3).

El plazo para interponer el recurso de casación es de diez días que se computan a partir del día siguiente de la notificación de la resolución judicial (art. 414).

c. *Procedencia excepcional.*- Excepcionalmente la Corte Suprema podrá declarar la procedencia del recurso de casación en casos distintos a los señalados cuando, la Sala Penal *discrecionalmente* lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial (art. 427.4). En estos casos, cuando se invoque este supuesto excepcional, el recurrente, además de las causales que se prevén, deberá explicar puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende (art. 427.4, 430.3). Así se ha expresado la Sala penal Suprema cuando sostiene que si bien el código permite que "excepcionalmente pueda aceptarse el recurso de casación fuera de las resoluciones que enumeran los apartados anteriores del citado artículo, ello está sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende".[263]

262 Auto Casatorio N° 04-2007, Huaura, de fecha 14 de agosto del 2007.
263 Auto Casatorio N° 06-2007, Huaura, de 24 de octubre del 2007. En este auto se pre-

d. *Inadmisibilidad.*- La Sala Suprema declarará la inadmisibilidad de la casación cuando no se satisfacen los requisitos formales que establecen los arts. 405 y 429 de la ley procesal; cuando se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en la ley; cuando se refiere a resoluciones no impugnables en casación[264]; cuando el recurrente hubiere consentido previamente la resolución adversa de primera instancia; cuando carezca manifiestamente de fundamento (art. 428).

e. *Causales.*- La ley procesal (art. 429) establece determinadas *causales* para interponer casación. Estas son las siguientes:

- Si la resolución ha sido expedida con inobservancia de garantías constitucionales de naturaleza procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías[265]. Así en la sentencia casatoria N° 09-2007, Huaura, se declara fundada en parte la casación por inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso: afectación del principio de inmediación y defensa procesal: derecho a la prueba.[266] [267]
- Si la resolución incurre o deriva de una inobservancia de las normas procesales sancionadas con nulidad.

cisa que el recurrente no sólo no ha especificado el porque la Sala Suprema debe de conocer de dicho recurso, sino que el mismo carece de interés casacional. También el auto casatorio 07-2007, Huaura, de 14 de septiembre del 2007.

264 Véase el auto casatorio N° 01-2008, La Libertad, de fecha 15 de febrero del 2008.

265 Véase la Sentencia Casatoria N° 11-2007, La Libertad, de fecha 14 de febrero del 2008.

266 En la Sentencia Casatoria N° 09-2007, Huaura, de fecha 18 de febrero del 2008, se considera que el colegiado al rechazar la prueba ofrecida por la actora civil, en cuanto al examen de la agraviada vulneró no sólo el derecho a la prueba de la parte afectada sino principalmente el principio de inmediación, pues fundamentó la sentencia con información que no fue susceptible de ser contraexaminada, y que la oralización de la declaración de la agraviada no ofrecía garantías mínimas de calidad que sirvan para sostener un juicio de racionalidad, y es que "sólo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla y determinar la fiabilidad y verosimilitud del testimonio". Se declaró nula la sentencia de vista que confirmaba la absolución en caso de violación sexual y ordenó nueva sentencia previa audiencia de apelación.

267 Véase también la Sentencia Casatoria N° 10-2007, Trujillo, de fecha 29 de enero del 2008.

- Si la resolución importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
- Si la resolución ha sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
- Si la resolución se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o Tribunal Constitucional.

Para efecto de su admisibilidad, el recurrente debe de cumplir con: a) los requisitos formales que prevé la ley en el art. 405; b) debe invocar la causal invocada por separado; c) debe señalar de manera concreta los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados; d) sus fundamentos legales y doctrinales; y e) expresará específicamente cual es la aplicación que pretende.[268]

Entonces, el recurso de casación debe de plantear no solo la indebida interpretación o aplicación de las normas sino proponer la forma debida y correcta de la aplicación de la ley. Se presenta ante la Sala Penal Superior, la que puede declarar su inadmisibilidad; en caso de conceder el recurso notificará a todas las partes emplazándolas para que comparezcan ante la Sala Suprema, estableciéndose que para en caso de distritos judiciales fuera de la ciudad de Lima, deben de fijar domicilio procesal dentro del décimo día de notificados, ello permitirá a la Corte Suprema cumplir con el traslado del recurso a las partes (art. 430.4,5).

La Corte Suprema mediante auto decidirá si el recurso está *Bien Concedido* y si procede conocer el fondo del asunto. En tal sentido expedirá el auto de calificación del recurso de casación dentro del plazo de veinte días (art. 430. 6). Si la Sala Suprema concede el recurso, es decir, admite conoce el fondo del mismo; señalará día y hora para la *Audiencia de Casación* con citación de las partes estableciéndose, como sanción procesal, que de no concurrir

268 Véase la casación N° 02-2007, Huaura, auto de calificación, considerando tercero, de fecha 15 de julio del 2007.

la parte que interpuso el recurso se resolverá inadmisible el mismo (art.431.2). Instalada la audiencia se escuchará a las partes, primero a aquella que ha recurrido y luego a la otra parte, incluso se escuchará al imputado, si asiste, luego de lo cual se suspende a fin de que la Sala resuelva dictando *Sentencia de Casación* en el plazo de veinte días, requiriéndose cuatro votos conformes.

Conforme a la ley procesal, la Sala Suprema Penal tendrá competencia sólo en cuanto a las causales preestablecidas expresamente invocadas por el peticionario, sin embargo, puede emitir pronunciamiento sobre cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado del proceso. Asimismo, su competencia se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución cuestionada y como señala la ley "está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos" (art. 432.2).[269]

Si la Sala Penal Suprema declara Fundado el recurso de casación, declarará la nulidad de la sentencia o auto, y podrá decidir el caso o disponer el reenvío del proceso. En el primer supuesto, se pronunciará sobre el fondo del asunto dictando el fallo que reemplazará al impugnado; en el segundo supuesto, de nulidad y reenvío, indicará el órgano jurisdiccional inferior competente y el acto procesal que deba renovarse. Al margen de lo expuesto, también puede, de oficio o a pedido del Ministerio Público, decidir que el fallo tenga naturaleza de *doctrina jurisprudencial vinculante* a otros órganos jurisdiccionales inferiores (art. 433.3), posibilitándose la realización de un *Pleno Casatorio* en el caso de que existiera otra sala penal.

Los efectos más importantes de una sentencia de casación son: a) la anulación de la sentencia o auto podrá ser total o parcial; b) si alguna de las disposiciones de la resolución impugnada no fue anulada, tendrá naturaleza de cosa juzgada; y c) si el fallo afecta

269 Además se señala que los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria (art. 432.3).

el estado de detención del imputado, se ordenará por Tribunal Supremo, la libertad de aquel.

Es del caso señalar que contra lo resuelto por la Sala Suprema Penal en sentencia casatoria no es susceptible de recurso impugnatorio alguno (salvo caso de revisión). También se establece en la ley que no será impugnable la sentencia que se dictare en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria; si lo será si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria (art. 436).

5. EL RECURSO DE QUEJA DE DERECHO

La queja constituye un recurso extraordinario que busca alcanzar la admisibilidad de una impugnación denegada por la instancia anterior. Se busca que el juez superior pueda controlar si la resolución de inadmisibilidad decidida por el inferior se ha ajustado o no a derecho.[270]

Este recurso tiene una naturaleza excepcional, recurrente de la negativa del órgano jurisdiccional para admitir una impugnación. Se trata de una vía procesal indirecta para lograr se conceda la impugnación deducida y negada.

Se le llama queja de derecho y de acuerdo con la ley procede en distintos dos casos: a) cuando el juez declara inadmisible un recurso de apelación; y b) cuando la Sala Superior declara inadmisible un recurso de casación.

Además de ello, se establece que la queja por *denegatoria del recurso de apelación o casación*, se presenta ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso sustentando jurídicamente su pedido con invocación de la norma vulnerada y acompañando la documentación necesaria (resolución recurrida, escrito en que se recurre y resolución denegatoria) y que su interposición no suspende la tramitación del proceso principal ni la eficacia de la resolución cuestionada (art. 437).

270 Véase SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, Vol. II, Edit. Grijley, Lima, 1999, p. 767.

En esencia, el juez de instancia superior revisa la resolución que deniega la impugnación deducida ante el *a-quo*.

El plazo para su interposición es de tres días y en concordancia con lo dispuesto por el art. 403 del CPC, tratándose de Distritos Judiciales distintos a Lima y Callao, el recurrente puede pedir al juez que denegó el recurso que, dentro del plazo remita lo actuado por conducto oficial, debiéndose formar el cuaderno y proceder a la remisión, bajo responsabilidad. El órgano jurisdiccional decidirá su admisibilidad y podrá, previamente, pedir al juez copia de alguna actuación procesal.

Si queja de derecho es declarada fundada, se concederá el recurso que fuera denegado y se ordenará al juez remita el expediente o ejecute lo que corresponda, notificándose a las partes. Si la queja es declarada Infundada, se notifica al Fiscal y a las demás partes (art. 438).

III. LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA: ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

1. CONCEPTO

No se trata de un recurso sino de una *acción* que se dirige ante el órgano jurisdiccional Supremo a fin de demandar un nuevo análisis del caso penal, pese a la existencia de sentencia firme, por existir una causal de suma importancia que demostraría la inocencia de la persona condenada por un delito. Constituye el caso "más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta. Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente de manera insoportable para la idea de la justicia."[271]

271 ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, citado, p. 492.

Ha sido conceptuada como una acción de impugnación autónoma, de naturaleza excepcional, que resulta admisible únicamente en aquellos supuestos legalmente tasados en que se ponga en evidencia la injusticia de una Sentencia firme de condena, cuya finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre dicha resolución judicial, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal.[272]

La revisión busca eliminar el error judicial que se pueda haber producido en contra del imputado de acuerdo con los presupuestos establecidos en la ley; en consecuencia, no se trata de analizar nuevamente las pruebas que sirvieron de base para la construcción de la sentencia, sino del análisis de la nueva prueba presentada y no conocida anteriormente.

El legislador del código del 2004 sólo ha contemplado la revisión de las sentencias condenatorias, pero hubiera sido también importante que se ocupara de los casos donde se dictan sentencias absolutorias existiendo de por medio amenazas o comisión de delito por la autoridad que dictó la sentencia.

2. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Conforme a la lógica que imprime el nuevo proceso penal, la acción de revisión procede sólo a favor del condenado y de manera taxativa se establecen los siguientes casos:

- Cuando después de dictada la sentencia de condena, se dicta otra igual de condenatoria o imponiendo medida de seguridad, por el mismo delito, pero a persona distinta a la primera, *no pudiendo conciliarse* ambas sentencias. Lo que exige, en virtud del principio de inocencia, su nuevo análisis judicial.
- Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada. Lo que resulta hasta lógico si se tiene en cuenta que no puede haber dos sentencias en contra de un mismo procesado por los mismos hechos.

272 GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, citado, p. 769.

- Cuando se demuestre que una prueba considerada decisiva para la sentencia, carece de valor probatorio por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación. Ello exige el ofrecimiento de la prueba que desvirtúa la anterior de manera indubitable.
- Cuando con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba no conocidos durante el juicio y que permitan establecer la inocencia del condenado.
- Cuando se demuestre mediante resolución firme que la sentencia fue determinada exclusivamente por delito incurrido por el Juez o existió contra su persona o familia una grave amenaza y siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado. Supuesto este de suma importancia pues se tiene en cuenta las posibilidades actuales de influir en los fallos judiciales, sobre todo en los casos de crimen organizado. Se busca corregir no un error sino una decisión judicial anómala, irregular, viciada que perjudica a una persona inocente, debiéndose probar tal circunstancia además de acreditar también la actividad delictiva del juez o la *grave amenaza* existente en su contar o contra su familia.
- Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema. Lo que no hace sino reafirmar el principio de legalidad penal y procesal, además, en éstos casos, entendemos que la autoridad judicial que impuso la condena debiera actuar de oficio o bajo la iniciativa del Ministerio Público.

3. INTERPOSICIÓN, TRÁMITE Y SENTENCIA

La acción se interpone por el Fiscal Supremo Penal y por el condenado. También los familiares de éste último en su representación. La demanda se presenta ante la Sala Penal de la Corte Suprema con requisitos preestablecidos (art. 441). La demanda debe de contener lo siguiente:

a. La determinación precisa de la sentencia que se pide revisar con indicación del órgano jurisdiccional que la dictó.

b. La causal que se invoca -prevista en el artículo 439- y la referencia específica y completa de los hechos en que se funda, así como las disposiciones legales que fueran pertinentes.
c. La indemnización que pretende el demandante, con indicación precisa del monto. La misma ley señala que ello es potestativo.
d. Se acompañará a la demanda copia de la documentación pertinente: sentencias, prueba documental o indicación del lugar donde se encuentre archivada; otros medios de prueba que acrediten sus afirmaciones.
e. La Sala Suprema podrá otorgar un plazo determinado al demandante a fin de que complete los requisitos que faltan.

Si se admite la demanda, la Sala solicitará el expediente que motiva la revisión y la prueba documental que señala el demandante, quien además puede ofrecer medios de prueba; se actuarán las pruebas con intervención de las partes por el vocal supremo designado, y se fijará fecha para la realización de una *Audiencia de Revisión*, la que se realiza con asistencia de las partes. Se establece -al igual que en los casos anteriores- que si no se presenta el demandante se declarará inadmisible la demanda.

Concluida la audiencia, la Sala quedará expedita para dictar sentencia en el plazo de veinte días en sesión pública. Si resulta *fundada* la causal invocada, declarará sin valor la sentencia que la originó pronunciando directamente sentencia absolutoria o remitirá lo actuado al órgano jurisdiccional competente para un nuevo juicio. Si declara *infundada* la demanda el interesado podrá iniciar una acción nueva pero por causal distinta a la resuelta.

La nueva ley procesal reconoce a la Sala Suprema facultades de suma importancia en atención a la demanda de revisión pues puede tomar decisiones inmediatas sobre la pena privativa de la libertad u otras medidas que afectan otros derechos del imputado. La acción de revisión puede tener efectos inmediatos a su *interposición* pues si bies cierto no suspende la ejecución de la sentencia, si es posible que en cualquier momento del procedimiento, la Sala pueda suspender la ejecución de

la sentencia impugnada y disponer, incluso, la libertad del imputado o una medida coercitiva alternativa, lo que evidencia que con lo actuado ya se estaría definiendo la situación final del imputado, lo que además resulta válido si los elementos probatorios resultan evidentes sobre su inocencia.

CAPÍTULO IX
LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

FREZIA SISSI VILLAVICENCIO RÍOS
VÍCTOR RAÚL REYES ALVARADO

EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN LA JURISPRUDENCIA

Instituto de Ciencia Procesal Penal
GACETA JURIDICA

GACETA JURIDICA

EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL EN LA JURISPRUDENCIA

PRIMERA EDICIÓN
JULIO 2008
1,100 Ejemplares

© Frezia S. Villavicencio Rios
© Victor Raúl Reyes Alvarado
© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2008-08522
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 978-603-4002-81-4
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501220800519

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Natalia Bacal Puente
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Luis Briones Ramírez

GACETA JURÍDICA S.A.
Angamos Oeste 526 - Miraflores
Lima 18 - Perú
Central Telefónica: (01)710-8900
Fax: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impresión Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

A mi madre, Susana Alvarado Hidalgo,
por su fortaleza y sabiduría.
V. Raúl

A mi madre Orfelinda, y a mi hija Natali,
comienzo, razón de ser y fin de mi vida.
Sissi

COMENTARIO

Es posible cuestionar vía el proceso constitucional de amparo una sentencia casatoria dictada en un proceso penal, conforme ha sucedido con la sentencia casatoria dictada en un proceso civil. También puede ser cuestionada vía el proceso constitucional de hábeas corpus, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que establece que el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

La improcedencia de recursos contra la sentencia de casación que establece el artículo 436° del Código Procesal Penal se refiere a la imposibilidad de pretender que sea reexaminada la sentencia, dictada por el Tribunal Supremo, por el mismo órgano jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional señala en esta sentencia que la casación civil es un recurso extraordinario que solo permite la revisión por el Supremo Tribunal Casatorio en los casos específicos, exclusivos y excluyentes del artículo 386° del Código Procesal Civil, especificidad que impide el ejercicio de la facultad general del juez de aplicación del aludido aforismo *iura novit curia* (Cfr. STC 8327-2005-AA/TC, FJ 2). De ahí que por regla general, el principio *iura novit curia* no pueda ser invocado en sede casatoria.

Desconocemos si el Tribunal Constitucional mantendrá esta posición cuando se pronuncie respecto de la casación penal, por cuanto contradice la teoría de la voluntad impugnativa señalada por el Tribunal Supremo Penal, en la Casación N° 01-2007-Huaura, en la que asumieron causales no pretendidas por el recurrente que en ese caso fue el Ministerio Público.

SECCIÓN VI
EL RECURSO DE QUEJA

(...)

ARTÍCULO 438°.- Trámite

La inadmisibilidad del recurso de queja interpuesto por el imputado por denegatoria de apelación a la sentencia anticipada

FUNDAMENTO SEGUNDO: "Estando a que el recurrente señala que ha interpuesto el recurso de apelación contra la resolución que estableció la forma y tiempo de pago de las pensiones alimenticias devengadas, coligiéndose entonces que la misma podría haber sido dictada por el 2JIP, así aparece en la parte superior del recurso de queja. Se entiende, aunque no se conoce en forma cierta, porque no se han adjuntado las instrumentales del caso, que esta resolución corresponde a una sentencia anticipada, emitida dentro de un proceso especial de terminación anticipada, donde el Juez aprueba un acuerdo establecido en la misma audiencia, que se celebra entre el Fiscal, el imputado y su abogado, lo que significa que si el encausado no estaba de acuerdo con la forma y tiempo de pago de las pensiones devengadas no debió aceptar dicho acuerdo, pero si lo hizo, por lo que no se puede apelar de un supuesto de hecho que él mismo acordó y aceptó voluntariamente, y que para esto contó necesariamente con la asesoría de su abogado".

107 SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
EXPEDIENTE N° 1286-2006
Resolución N° 01
QUEJA DE DERECHO POR DENEGATORIA DE APELACIÓN DE RESOLUCIÓN EN EL EXTREMO DE LA FORMA Y TIEMPO DE PAGO DE PENSIONES DEVENGADAS

Huacho, seis de febrero del dos mil seis.

VISTOS: El presente recurso de queja de derecho interpuesto en esta instancia por el imputado o sentenciado Jorge Luis Cruz Mandamiento, interviniendo como Vocal Ponente el Señor Víctor Raúl Reyes Alvarado; y, **CONSIDERANDO:**

1. El tramite del recurso de queja esta previsto en el artículo 438° del N.C.P.P., cuyo numeral uno señala que en el recurso de queja se precisará el motivo de su interposición (en el presente caso se indica que es por denegatoria del recurso de apelación), además se exige que el impugnante invoque la norma jurídica vulnerada, es decir si no admitirse el recurso de apelación entonces que norma jurídica se ha vulnerado, por cuanto si nos encontramos en un proceso especial de terminación anticipada, donde se aprueba o desaprueba el acuerdo, entonces habría que señalar que norma jurídica se ha vulnerado ante la denegatoria del recurso de apelación, por ejemplo si el Juez hubiese denega un recurso de apelación al mandato de prisión preventiva que dispuso, entonces el fundamento jurídico sería que se ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 278°, que autoriza expresamente la posibilidad de apelar la resolución que ordena la prisión preventiva. En el presente caso se ha obviado señalar que norma jurídica, según el recurrente, ha sido vulnerada, ya que en el nuevo modelo procesal penal, todas las resoluciones judiciales no pueden ser impugnadas (404.2,y 416.e).
2. Estando a que, el recurrente señala que ha interpuesto el recurso de apelación contra la resolución que estableció la forma y tiempo de pago de las pensiones alimenticias devengadas, coligiéndose entonces que la misma podría haber sido dictada por el 2JIP, así aparece en la

parte superior del recurso de queja. Se entiende, aunque no se conoce a ciencia cierta, porque no se han adjuntado las instrumentales del caso, que esta resolución corresponde a una sentencia anticipada, emitida dentro de un proceso especial de terminación anticipada, donde el Juez aprueba un acuerdo establecido en la misma audiencia, que se celebra entre el Fiscal, el imputado y su abogado, por lo que si el encausado no estaba de acuerdo con la forma y tiempo de pago de las pensiones devengadas no debió aceptar el acuerdo, pero si lo hizo, por lo que no se puede apelar de un supuesto de hecho que él mismo acordó y aceptó voluntariamente, y que para esto contó necesariamente con la asesoría de su abogado.

3. Asimismo, el 438.1 exige que al recurso de queja acompañe: 1)el escrito que motivó la resolución recurrida y, en su caso, los referentes a su tramitación, 2) la resolución recurrida, 3) el escrito en que se recurre; y, 4) la resolución denegatoria, pues bien en el presente caso el impugnante se ha limitado a presentar el recurso de queja sin acompañar ninguno de estos requisitos, lo que imposibilita su admisión, por lo que tampoco es posible realizar en control del plazo dispuesto en el artículo 403° del Código Procesal Civil, que es aplicable por remisión expresa del artículo 438°.2 del N.C.P.P

Por dichos fundamentos, la Sala Penal de Corte Superior de Justicia de Huaura **RESUELVE:**

01.- DECLARARON INADMISIBLE el recurso de queja interpuesto por el imputado Jorge Luis La Cruz Mandamiento, en el proceso que se le siguió o sigue por el Delito de Omisión a la asistencia familiar.

02.- ORDENARON el artículo definitivo del presente recurso en su oportunidad por el asistente judicial.

03.- NOTIFÍQUESE en contenido de la presente resolución a las partes procesales

SS
REYES ALVARADO
PESTANA URIBE
FUENTES GONZALES

COMENTARIO

Se establece que no es posible que el imputado impugne la sentencia aprobatoria del acuerdo celebrado entre su persona, su defensor y el fiscal, porque ha participado como parte procesal en la celebración del acuerdo y participó en la audiencia, en la determinación de la pena y la reparación civil y su forma de pago, por lo que el juez dictó la sentencia luego de realizar el control del requerimiento fiscal de terminación anticipada y de la legalidad del acuerdo.

Así que carece de lógica que el imputado cuestione una sentencia aprobatoria de un acuerdo en el que ha participado, contradiciendo su propio dicho, por lo que no existe agravio. Por tanto, tampoco está facultado, bajo estas circunstancias, para recurrir en queja[153].

(153) Artículo 437° - Procedencia y efectos -
1. Procede recurso de queja de derecho contra la resolución del Juez que declara inadmisible el recurso de apelación.
2. También procede recurso de queja de derecho contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación.
3. El recurso de queja de derecho se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso.
4. La interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

ARTÍCULO 438°.- Trámite

El recurso de queja puede ser presentado en la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior que denegó el recurso de casación.

FUNDAMENTO 1: "(...) por lo que, en aplicación del artículo 438°.2 del NCPP que remite al artículo 403° del Código Procesal Civil, debe remitirse el escrito de queja y anexos respectivos, a señalarse, al Tribunal Supremo a fin de que resuelva sobre lo peticionado".

108 SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
EXPEDIENTE N° 2006-00546
Resolución N° 16

Huacho, veintidós de noviembre del dos mil siete.

VISTOS el recurso de queja, presentado por el abogado del imputado Justo German Flores Llerena en la presente carpeta judicial, que se le sigue por el delito de violación sexual en agravio de L.M.CH.V y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Que el recurso de queja ha sido presentado dentro del término de ley, que estipula el artículo 414°.1.c) del Código Procesal Penal, por la defensa técnica del acusado, quien ha cumplido con expresar sus agravios; asimismo, el artículo 437°. 2, del acotado, autoriza interponer recurso de queja de derecho contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación, para cuyo efecto según el artículo 438°.1, de la norma procesal citada, se establece como presupuesto objetivo para su interposición, la exposición de motivos con invocación de la norma jurídica vulnerada, lo que ha cumplido el impugnante y ha señalado las piezas procesales que se acompañarán al escrito de queja; por lo que, en aplicación del artículo 438°.2 del NCPP que remite al artículo 403° del Código Procesal Civil, debe remitirse el escrito de queja y anexos respectivos, a señalarse, al Tribunal Supremo para que resuelva sobre lo peticionado.

SEGUNDO.- El artículo 438° numeral 1 del NCPP establece expresamente, que al escrito de queja se acompañará: a) El escrito que motivó la resolución recurrida, que en este caso, corresponde contradictoriamente no al recurrente, sino al escrito de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria a favor del impugnante, por parte del actor civil, la agraviada de iniciales L.M.CH.V. y el Fiscal provincial; b) La resolución recurrida, que en este caso, corresponde a la sentencia de segunda instancia dictada por este Superior Tribunal mediante resolución número 11, de fecha 24 de octubre del presente año, que declara nulo el juicio oral de primera instancia, que incluye la sentencia venida en grado que absuelve al acusado Justo German Flores Llerena, de la acusación fiscal como autor del delito contra la libertad sexual; c) el escrito en que se recurre, en este caso, al recurso de casación presentado por la defensa técnica dela acusado; y, d) La resolución denegatoria, que corresponde a la resolución número 15, de fecha 9 del mes y año en curso, que declara improcedente el recurso de casación.

TERCERO.- En el escrito de queja, presentado por el impugnante, solo ha cumplido con acompañar la sentencia de segunda instancia, el escrito mediante el cual interpone la casación y la resolución que declara improcedente el recurso, y ha obviado los escritos de apelación del Fiscal provincial y del actor civil, limitándose a solicitar **que sean agregados dicho escritos, a lo que se accede en** mérito a los principios de celeridad y economía procesal, alegados por esta parte; aunque debe tener presente que estos escritos, en su oportunidad le fueron trasladados para su debido conocimiento. Siendo innecesario acompañar el resto de instrumentales, actas y audios que peticiona, al amparo de la norma antes descrita.

CUARTO.- Por tanto, las instrumentales descritas en el segundo considerando serán elevados al Supremo Tribunal, para el debido pronunciamiento, pese a que el impugnante ha incumplido, conforme lo señala la norma, con acompañar a su recurso de queja algunas de ellas, habiéndose limitado en solicitar en el segundo otro sí digo, que se agregue al cuaderno de queja, distintas instrumentales incluido actas y audios, que no corresponde conforme al artículo 438°.1 del NCPP.

QUINTO.- El artículo 437° numeral 4 del NCPP establece que la interposición del recurso no suspende la tramitación del principal ni la eficacia de la resolución denegatoria, de donde se advierte, que al haber incumplido el Segundo Juzgado Penal Colegiado de esta Corte, con este dispositivo, al no haber programado hasta la fecha, pese al tiempo transcurrido, la realización del juicio oral correspondiente, siendo que incluso indebidamente eleva el cuaderno de impugnación sin que esta instancia lo haya solicitado; en consecuencia, por esta única vez debe llamarse severamente la atención a los integrantes del citado colegiado, recomendándoles que en lo sucesivo cumplan estrictamente con las normas procesales del NCPP, bajo apercibimiento de imponérseles la sanción disciplinaria que corresponda.

Por estos fundamentos la Sala Penal Superior de la Corte de Justicia de Huaura resuelve:

01. Elevar el escrito de queja presentado por la defensa técnica del acusado Justo German Flores Llerena y copias certificadas de las instrumentales indicadas en el fundamento tercero de la presente resolución, al Supremo Tribunal con la debida nota de atención.

02. Se llama severamente la atención a los jueces del Segundo Juzgado Penal Colegiado de Huaura doctores Joel Choque Mamani, Victor Romero Uriol y Judith García Pereda, recomendándoles que en los sucesivo cumplan las normas procesales del nuevo CPP, bajo apercibimiento de imponérseles la sanción disciplinaria correspondiente.

03. Devuélvase en el día el cuaderno de impugnación, al Segundo Juzgado Penal Colegiado para la programación del juicio oral respectivo, quienes deberán aperturar nuevo cuaderno de debate, ya que el primero ha sido anulado.

SS.
REYES ALVARADO
CABALLERO GARCIA
SANDOVAL QUEZADA

COMENTARIO

Como regla general, el recurso de queja ante la denegatoria del recurso de casación debe ser presentado ante la Sala Penal de la Corte Suprema. Pero es razonable que se pueda presentar ante la misma Sala Penal de Apelaciones que denegó el reclarso, cuando como en este caso la Corte esté ubicada al interior del país.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que cuando se inadmite el recurso de queja en la Sala Penal de Apelaciones, el proceso debe continuar el trámite que corresponda, sin que se suspenda salvo, claro está, que la instancia Suprema lo declare fundado.

ARTÍCULO 438°.- Trámite

La inadmisibilidad del recurso de queja formulada por el agraviado, porque carece de legitimidad para apelar de la resolución que declara procedente la cesación de prisión preventiva.

FUNDAMENTO SEGUNDO: "(...) el artículo 257° establece que los autos que reformen o sustituyan las medidas de coerción son impugnables por el Ministerio Público y el imputado. El actor civil y el tercero civil solo podrán recurrir respecto de las medidas patrimoniales que afecten su derecho en orden a la reparación civil. Por lo que se concluye que la parte agraviada no está facultada para impugnar las medidas de coerción procesal personal. Lo que imposibilita la admisión del recurso de queja de derecho interpuesto".

109 SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
EXPEDIENTE N° 160-2007
Resolución N° 01
QUEJA DE DERECHO POR DENEGATORIA DE APELACION DE RESOLUCION QUE DECLARA PROCEDENTE LA CESACION DE PRISION PREVENTIVA (Procede del 2do. Juzgado de la Investigación Preparatoria de Barranca)

Huacho, trece de junio del año dos mil siete.

VISTOS; El presente recurso de queja de derecho interpuesto en esta instancia por Flor Ivonne Oliveros Valderrama, madre del menor agraviado Francisco Mamoru Shigueta Oliveros, e interviniendo como Vocal Ponente el Magistrado Víctor Raúl Reyes Alvarado; **y, CONSIDERANDO:**

01.- El trámite del recurso de queja como el presente, esta previsto en el artículo 438° del N.C.P.P., cuyo numeral uno señala que en el recurso de queja se precisará el motivo de su interposición (en el presente caso si se indica que es por denegatoria del recurso de apelación) además se exige que el impugnante invoque la norma jurídica vulnerada. En el presente caso han sido invocados en forma general, como fundamentos de derecho, los artículos 284° del N.C.P.P, y 139° numerales 3 y 20 de la Constitución, sin especificar que norma procesal la autoriza impugnar al agraviado, la resolución que declara fundado el requerimiento fiscal de cese de la prisión preventiva.

02.- El artículo 404°.1 del NCPP ha establecido que las resoluciones judiciales son impugnables solo por los medios y en los casos expresamente establecidos por ley. El artículo 284°, citado en el recurso de queja autoriza solamente al imputado y al Ministerio Público, a impugnar la resolución que declara fundado o infundado el requerimiento de cese de prisión preventiva. Asimismo el artículo 257° establece que los autos que reformen o sustituyan las medidas de coerción son impugnables por el Ministerio Público y el imputado. El actor civil y el tercero civil solo podrán recurrir respecto de las medidas patrimoniales que afecten su derecho en orden a la reparación civil. Por lo que se concluye que la parte agraviada no está facultada para impugnar las medidas de coerción procesal personal. Lo que imposibilita la admisión del recurso de queja de derecho interpuesto.

03.- Con respecto al interés para favorecer al imputado, rehusamiento de la función pública de la fiscal, y las irregularidades en el procedimiento en que habría incurrido el juez y secretario, que señala la parte agraviada si lo considera necesario puede recurrir al órgano de control respectivo, denunciando las irregularidades aludidas.

Por estos fundamentos, los miembros de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, **RESUELVEN:**

01.- DECLARANDO INADMISIBLE el recurso de queja interpuesto por doña Flor Ivonne Oliveros Valderrama, madre biológica del menor agraviado Francisco Mamoru Segueta Oliveros, en los seguidos contra el imputado Juan Antonio Sandoval Matta, por el delito de Lesiones Graves culposas, y otros.

02.-Se ORDENA el archivo definitivo del presente recurso en su oportunidad por el asistente judicial.

03.- Notifíquese el contenido de la presente resolución a las partes procesales

VÁSQUEZ SILVA
REYES ALVARADO
CABALLERO GARCÍA

COMENTARIO

En el modelo procesal antiguo se permite que el actor civil interponga el recurso de apelación contra las medidas de coerción de carácter personal que favorecen al imputado, como por ejemplo que se apele del mandato que declara infundada la prisión preventiva del imputado. En el nuevo modelo procesal penal, en cambio, se establece expresamente, que el actor civil solo puede recurrir a las medidas patrimoniales que afecten su derecho respecto de la reparación civil; por lo que el Ministerio Público es la parte legitimada para recurrir la imposición de medidas de coerción procesal de carácter personal, así como el imputado, según corresponda [154].

ARTÍCULO 438°.- Trámite

La admisibilidad del recurso de queja al amparo de las garantías constitucionales, de pluralidad de instancia y la tutela jurisdiccional efectiva.

FUNDAMENTO CUARTO: **"En el presente caso, se advierte que la acusadora particular María Mendoza Leiva de Cadenillas, en aproximadamente quince puntos, expone de manera detallada los cuestionamientos a la sentencia cuya impugnación pretende a través del presente recurso, precisando de manera detallada los fundamentos con los que no se encuentra su conformidad, siendo el caso conceder la misma para no afectar su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y a la garantía constitucional de pluralidad de instancia".**

110 SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
EXPEDIENTE N° 2007-00156
Resolución N° 01

Huacho, veintidós de junio del dos mil siete.

AUTOS Y VISTOS e interviniendo como Vocal ponente el Doctor Luis Alberto Vásquez Silva y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Que, conoce este Colegiado el Recurso de Queja interpuesto por María Mendoza Leiva de Cadenillas contra la resolución número quince, de fecha veintiocho de mayo del dos mil siete, mediante la que el Juzgado Penal Unipersonal de Huaral resuelve declarar inadmisible su

(154) Artículo 257. Impugnación - 1. Los autos que impongan, desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas previstas en esta Sección son impugnables por el Ministerio Público y el imputado. 2. El actor civil y el tercero civil solo podrán recurrir respecto de las medidas patrimoniales que afecten su derecho en orden a la reparación civil.

recurso de apelación de sentencia, en los autos seguidos contra Néstor Humberto Yupan Sánchez y otros, por el delito de difamación, en su agravio.

SEGUNDO.- En el ordenamiento jurídico nacional, específicamente en los artículos VII del Título Preliminar del Código Civil y del Código Procesal Civil se establece el principio *iura novit curia*, esto es, "el Tribunal conoce el derecho", además los aforismos *"da mihi factum, dabo tibu jus"*, esto es, dame los hechos que yo te daré el derecho y "los abogados al hecho y los jueces al derecho" denotan una cultura judicial arraigada en los operadores del sistema de justicia en el sentido de que solo esta obligado el abogado y/o la parte a dar los hechos y probarlos; bajo este contexto debe ser interpretado sustancialmente lo dispuesto en el artículo cuatrocientos cinco literal c) del Código Procesal Penal. Si bien en dicho dispositivo legal, se indica como una formalidad del recurso –de manera general– que se expresen los fundamentos no solamente de hecho, sino también de derecho, en que apoyen su pretensión impugnatoria, sin embargo, especialmente aun cuando la fundamentación jurídica resulte errónea, disminuta o insuficiente y no afecte el planteamiento del petitorio, corresponde al órgano jurisdiccional –conocedor del derecho y su técnica– conocer en cada caso la norma objetiva aplicable a la solución completa.

TERCERO.- Cabe señalar que el Juzgado Unipersonal que ha denegado el recurso impugnatorio de apelación interpuesto por la parte acusadora María Mendoza Leiva de Cadenillas, actuaba en sede de instancia, por consiguiente le correspondía el conocimiento de los hechos, la precisión de las pruebas y esencialmente la aplicación del derecho que considera pertinente, debiendo precisar que en lo que respecta a esta Sala Penal que constituye sede de instancia de revisión, se le ha conferido la atribución, además dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, de examinar la resolución recurrida, tanto en la aplicación de hechos como en la aplicación de derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo cuatrocientos diecinueve del Código Procesal Penal; en igual sentido, tiene la facultad de anular total o parcialmente la resolución materia de grado, por consiguiente tiene una facultad de oficio, lo que supone que le corresponde aplicar la norma jurídica respectiva aun cuando no hubiere sido invocada o hubiere sido mal invocada.

CUARTO.- En el presente caso, se advierte que la acusadora particular María Mendoza Leiva de Cadenillas, en aproximadamente quince puntos, expone de manera detallada los cuestionamientos a la sentencia cuya impugnación pretende a través del presente recurso, precisando de manera detallada los fundamentos con los que no se encuentra su conformidad, siendo el caso conceder la misma para no afectar su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y a la garantía constitucional de pluralidad de instancia.

Por las consideraciones anotadas se **RESUELVE** declarando **FUNDADO** el recurso de queja por denegatoria de apelación interpuesto por María Mendoza Leiva de Cadenillas; se **CONCEDE** el recurso de apelación formulado y se **ORDENA** a la Juez de la causa que envíe los autos a esta instancia, **OFICIÁNDOSE** para dicho efecto adjuntando la presente resolución, procediendo al **ARCHIVO DEFINITIVO** del presente cuadernillo en su oportunidad. **NOTIFICÁNDOSE**.

SS.
VÁSQUEZ SILVA
REYES ALVARADO
CABALLERO GARCÍA

COMENTARIO

Los recursos de apelación presentados por las partes procesales generalmente no cumplen con la formalidad establecida en el artículo 405°.1.c), es decir, no precisan puntualmente las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación y no

expresan los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen, asimismo, tampoco concluyen formulando una pretensión concreta.

Para evitar que el recurso sea inadmitido, las partes procesales deben cumplir estrictamente con esta formalidad. En la jurisprudencia que comentamos, la Sala Penal de Apelaciones para admitir el recurso de queja se ha valido de las garantías constitucionales de la pluralidad de la instancia y la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, se debe tener en cuenta que ninguna garantía o derecho fundamental reconocido por la Constitución tiene el carácter de absoluto y puede ser limitado por ley.

LIBRO QUINTO
LOS PROCESOS ESPECIALES

SECCIÓN I
EL PROCESO INMEDIATO

(...)

ARTÍCULO 448°.2.- Resolución

La incoación al proceso inmediato por la existencia de elementos de convicción evidentes.

FUNDAMENTO TERCERO: "Los imputados han sido previamente interrogados y existen elementos de convicción en las diligencias preliminares que evidencian su vinculación con la comisión del delito (...)".

111 PRIMER JUZGADO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE HUAURA
CUADERNO DE REQUERIMIENTO FISCAL DE PROCESO INMEDIATO
EXPEDIENTE N° 2007-245
Resolución N° 06

Huacho, nueve de marzo del año dos mil siete.

AUTOS Y VISTOS, y dado cuenta en la fecha con el Cuaderno de Requerimiento Fiscal de Proceso Inmediato contra los imputados Luis Miguel Bazalar Rupay, Alex Marcelino Chinga Arévalo y Lewis Tomy Oyola Changa en el proceso que se les sigue por el delito Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud –Lesiones Graves– en agravio de Edwin Jhonatan Vargas Castro, vencido el plazo de traslado a los sujetos procesales, con el escrito de oposición al requerimiento fiscal presentado por el defensor de los imputados en el que solicita que rechace el requerimiento fiscal porque la investigación está muy incipiente-y, **CONSIDERANDO: Primero.-** Se imputa a las personas de Luis Miguel Bazalar Rupay, Alex Marcelino Chinga Arévalo y Lewis Tomy Oyola Chinga como quienes el día 26 de enero del año 2006 alas 6 de a mañana después de haber asistido a una discoteca en Carquín, han agredido físicamente al agraviado y con un vidrio de una botella rota le han lesionado el ojo ocasionándole la pérdida total de la vista. Esta conducta ilícita se encuentra prevista y penada en el artículo 121°.2 del Código Penal; **Segundo.-** El Fiscal sustenta jurídicamente su requerimiento de proceso inmediato contra los imputados con lo dispuesto en el artículo 446°.1 del Código Procesal Penal que dicta que el Fiscal podrá solicitar vía proceso inmediato cuando el imputado ha confesado la comisión del delito o los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, previo interrogatorio del imputado, son evidentes; **Tercero.-** Los imputados han sido previamente interrogados y existen elementos de convicción en las diligencias preliminares que evidencian su vinculación con la comisión del delito, que son los siguientes: 1) Los Certificados Médicos Legales de folios 53 y 120 que acreditan la lesión que sufrió el agraviado.

Víctor Jimmy Arbulú Martínez

DERECHO PROCESAL PENAL

Un enfoque doctrinario y jurisprudencial

TOMO III

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA PENAL & procesal penal

DERECHO PROCESAL PENAL.
UN ENFOQUE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL
TOMO III

PRIMERA EDICIÓN
MAYO 2016

6,140 ejemplares

© Víctor Jimmy Arbulú Martínez
© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2015-09406
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN OBRA COMPLETA: 978-612-311-249-3
ISBN TOMO III: 978-612-311-250-9
REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221500512

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Gabriela Córdova Torres

GACETA JURÍDICA S.A.
Angamos Oeste 526-Miraflores
Lima 18-Perú
Central Telefónica: (01)710-8900
Fax: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201-Surquillo
Lima 34-Perú

PARTE XI

EL SISTEMA DE RECURSOS IMPUGNATORIOS

VI. El recurso de casación

Con el recurso de casación[68] se pide al Tribunal Superior de la jerarquía jurisdiccional que anule una sentencia, porque en ella el juez ha violado alguna norma jurídica o se ha quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio que ha producido indefensión al recurrente.

En su origen (Decreto francés de 27 de noviembre de 1791) era dirigido tan solo a la defensa de la ley contra los tribunales inferiores y por un tribunal de *cassation* que se hallaba fuera de la organización de los tribunales franceses y se originó bajo auspicios políticos. Este recurso se fue ampliando a los ciudadanos para la discusión de sus derechos de particulares. En España, por razones diversas de las que ocasionaron su aparición en la Revolución Francesa, apareció ya proclive a ser abierto al examen de los hechos cuando el clásico recurso francés se limitaba rigidamente al examen del derecho aplicado por los tribunales inferiores[69]. La regla original era que el examen se concentraba en errores de derecho y no de hechos.

Aunque habría que matizar; esto es, que la casación es solo de derecho, pues Chiovenda, de quien hay que elogiar su rigor, dice que es preciso también mirar con cuidado la creencia de que las cuestiones y el juicio de derecho comprendan solo lo que resulta de la palabra de la ley ya que toda norma supone para su aplicación una cantidad de juicios generales de hecho, de juicios formados sobre la observación de cuanto sucede comúnmente, máximas o normas de la experiencia y que como tales pueden formarse en abstracto por cualquier persona de buen sentido y de mediana cultura. Estos juicios de hecho que pueden formarse en abstracto están comprendidos en el juicio de derecho que examina la Corte Suprema[70]. Esto tiene coherencia porque para realizar el examen de derecho se tiene que trabajar sobre hechos que constituyen el supuesto fáctico de las normas, pero estos ya están probados por lo que no es necesario volver a examinar sobre su existencia.

Es necesario señalar que las funciones reconocidas en la doctrina procesal penal son dos: una es la nomofiláctica que importa la protección o salvaguarda del orden jurídico en un sentido formal; la otra es la función de uniformidad de la jurisprudencia, y por último la función de tutela del interés de las partes[71].

(68) Proviene del francés casser que significa "romper".
(69) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Ob. cit., p. 487.
(70) CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Traducción de José Casáis Santaló. 3ª edición. Reus, Madrid, 1925, p. 472.
(71) NEYRA FLORES. *Manual del Nuevo Proceso Penal*. Idemsa. Lima, 2010, p. 404.

1. Juicio rescindente y juicio rescisorio

Carnelutti[72] respecto de los medios de impugnación considera que se desenvuelven en dos fases: un juicio rescindente por el cual se deja sin efecto el acto judicial recurrido, y un juicio rescisorio, dirigido a sustituirlo. En algunos de los recursos aparecen históricamente diferenciadas ambas fases, y el pronunciamiento puede corresponder a diferentes tribunales (casación y reenvío, por ejemplo), pero forman parte de una misma actividad recursiva.

¿Qué diferencia hay entre juicio rescindente y juicio rescisorio? El **juicio rescindente** es en el que se va a decidir si la sentencia firme y condenatoria se rescinde o no, por alguno de los motivos alegados. El **juicio rescisorio se da en** el caso que la sentencia sea rescindida, y la revisión puede implicar además un nuevo juicio sobre los hechos que habían sido enjuiciados injustamente. El órgano competente será el órgano que dictó la sentencia rescindida[73]. Aunque en un caso ambos juicios los puede hacer la Corte Suprema y en otro el mismo órgano que dictó la sentencia casada. La casación de la sentencia no es más que la primera etapa de un camino que debe terminar en la sustitución de una sentencia injusta por otra sentencia justa y como señala acertadamente Carnelutti que en el caso del reenvío el juez del *rescindens* sea distinto del juez del *rescissorium*, no tiene importancia alguna[74]. Hay que prestar más atención en la sustitución de la sentencia injusta o no arreglada al orden jurídico.

2. Procedencia del recurso de casación

Este recurso excepcional procede contra:

- Sentencias definitivas.
- Autos de sobreseimiento.
- Autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores (art. 427 del NCPP).

(72) CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. El Foro. Buenos Aires, 1994, p. 323.
(73) CHIOVENDA, José. Ob. cit., p. 472.
(74) CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., p. 323.

3. Requisitos

Son supuestos objetivos de procedencia, la pena conminada mínima para el delito imputado más grave, esto es 6 años tanto para autos definitivos como sentencias (art. 427.2 del NCPP).

En el auto de calificación del recurso en la Casación N° 04-2007-Huaura del 14 de agosto de 2007 vemos el pronunciamiento que se centra en el aspecto cuantitativo así:

> "(...) el apartado dos, inciso a), del citado artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal, estatuye que en las resoluciones como la presente se requiere para la viabilidad del recurso de casación que el delito imputado más grave tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el delito más grave (...) es el de hurto agravado, que está conminado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años –artículo ciento ochenta y seis del Código Penal–; que, en consecuencia, los delitos incriminados no alcanzan el criterio de *summa poena* estatuido en la norma procesal, por lo que la resolución impugnada no cumple el presupuesto procesal objetivo que habilita el recurso de casación, siendo de aplicación el literal c) del apartado uno del artículo cuatrocientos veintiocho del Nuevo Código Procesal Penal, situación que impide apreciar los demás presupuestos de admisibilidad formales y subjetivos".

Siendo más concreto, una sentencia en un delito de lesiones leves o robo simple cuyas penas mínimas están por debajo de los seis años no podrá ser recurrida en casación.

También procede la casación si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad siempre y cuando esta sea de internamiento recordando que el artículo 71 del Código Penal en su inciso 1 fija esta modalidad. Si se le impone una medida de seguridad con tratamiento ambulatorio no será pasible de ser recurrido vía la casación.

Procede la impugnación cuando se cuestiona responsabilidad civil, siempre que el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta unidades de referencia procesal (en el caso peruano es el 10% de la Unidad Impositiva Tributaria) o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.

Además se considera como supuesto el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que implica un conjunto de reglas jurídicas fijadas por la Corte Suprema

sobre determinadas instituciones penales en aras de uniformizar la jurisprudencia en materia penal; como orientadora de las instancias inferiores en la búsqueda de una justicia predecible. Por esa razón el artículo 427.4 ha establecido esta facultad de la Corte Suprema. Es ella la que decide de por sí, qué caso es relevante para elaborar doctrina jurisprudencial fuera de los supuestos establecidos por el artículo 427 del NCPP.

Ejemplos de doctrina jurisprudencial con su respectiva *ratio decidendi* los tenemos en la Casación N° 66-2010-Puno del 26 de abril de 2011 que establece que los plazos de las diligencias preliminares son de días naturales y no hábiles. Como regla adicional se tiene que el cómputo del plazo de las diligencias se inicia a partir de la fecha en que el fiscal tiene conocimiento del hecho punible, y no desde la comunicación al encausado de la denuncia formulada en su contra (sétimo considerando).

La Casación N° 183-2011-Huaura del 5 de setiembre de 2012 en la que se establece que no es necesaria la participación del imputado recurrido en la audiencia de apelación, si es que se encuentra representado por su abogado defensor. Otra regla es que se debe realizar obligatoriamente la lectura de la sentencia en audiencia para garantizar la plasmación del principio de publicidad.

En el delito de apropiación ilícita tenemos la Casación N° 301-2011 de Lambayeque del 4 de octubre de 2012 que señala que una persona que a nombre del acreedor recepciona dinero y no lo entrega a este, comete delito de apropiación siendo el agraviado su representado y no las personas que le entregaron el dinero.

La Casación N° 215-2011 de Arequipa del 12 de junio de 2012 fija como regla que el juzgador en apelación debe dar una respuesta a los agravios expresados por el impugnante. La regla *tantum apellatum quantum devolutum* se expresa en esta *ratio decidendi*.

4. Admisión del recurso de casación en la jurisprudencia

En la Casación N° 01-2007-Lima, 17 de mayo de 2007, tenemos el siguiente argumento:

> " Que la admisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código Procesal Penal; que un presupuesto objetivo del recurso es que se refiera a resoluciones impugnables en casación, a cuyo efecto es de precisar que es materia de recurso un auto expedido en apelación por la Sala Penal Superior que se pronuncia sobre

una medida coercitiva personal; que, siendo así, es evidente, en primer lugar, que no se trata de una resolución que pone fin al procedimiento penal y, por ende, tampoco causa un gravamen irreparable, en tanto que no resuelve sobre el objeto procesal; y, en segundo, que no corresponde el motivo de casación sobre infracción de ley previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, inciso tres, del citado Código porque la impugnación no está enderezada a cuestionar una errónea interpretación de la ley penal material, causante de anulación de la resolución judicial, sino más bien a denunciar la inobservancia de una norma procesal penal, como son los preceptos sobre prisión preventiva. Tercero: Que los fundamentos anteriores justificarían inadmitir el recurso de casación planteado, sin embargo es del caso hacer uso de la facultad que autoriza el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del nuevo Código Procesal Penal, en tanto que se trata de fijar un criterio interpretativo de carácter general acerca de las relaciones y posibilidades procesales resultantes entre la detención –como medida provisionalísima– y la prisión preventiva –como medida provisional más estable–, ambas de marcada relevancia constitucional al estar co implicado el derecho a la libertad personal".

En la Casación N° 01-2007-Huaura del 26 de julio de 2007 se aclara que el "(...) el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición limitada, concentrado en la *questio iuris*. Por lo demás, la denominada 'casación formal o por quebrantamiento de forma' está centrada en revisar si el órgano jurisdiccional cumplió o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento, o la estructura y ámbito de las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes".

Estas dos casaciones ratifican que el examen se concentra en la cuestión jurídica, y que ese es el ámbito de cognición y posterior decisión.

5. Casación por errónea interpretación de la ley penal material

La Casación N° 11-2007-La Libertad del 14 de febrero de 2008 declaró fundado el recurso por la causal de errónea interpretación de la ley penal material. El caso fue que la sentencia de vista recurrida en casación revocó la sentencia de primera instancia en el extremo que impuso al encausado la pena privativa de libertad de 20 años y la reformó imponiendo 10 años. El fiscal arguyó que la pena no se impuso dentro del mínimo o el máximo establecido en el tipo penal, por el contrario se ha impuso una pena debajo del mínimo legal sin justificación. La Corte Suprema fijó como marco que para determinar la pena

se tiene en cuenta los criterios que establecen los artículos 45 y 46 del Código Penal. Siendo el hecho tipificado en el artículo 189 incisos 4 y 7 del primer párrafo y el inciso 1 del segundo párrafo que prevé una pena de veinte y veinticinco años, se estimó que la sala de apelaciones sin existir ninguna circunstancia excepcional de atenuación redujo la pena impuesta por el juzgado colegiado y le impuso una por debajo del mínimo legal. No se advirtió que no hubo admisión básica de los hechos que se le atribuyen ni es sujeto de responsabilidad restringida y en el acto desplegó violencia causando a la víctima lesiones. Concluyó la Corte Suprema que la sala de apelaciones interpretó incorrectamente la ley penal material, por lo que declaró fundado el recurso de casación con base en el artículo 429.3 del NCPP. La Sala Suprema confirmó la sentencia de primera instancia que condenó al encausado como autor del delito contra el patrimonio - robo agravado a veinte años de pena privativa de libertad.

Observamos que en este caso la Corte Suprema hizo el **juicio rescindente** al declarar fundado el recurso de casación y anular la sentencia de vista, y también al no reenviar la causa realizó el **juicio rescisorio** porque validó la sentencia de primera instancia.

6. Formalidades del recurso de casación

- Se presenta por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y tenga facultades legales (art. 405.a del NCPP) Si es agraviado para poder establecer este supuesto se debe señalar cuáles son los errores de la resolución que se busca casar. La distinción respecto de quien tenga interés directo es que la resolución igualmente le afecte en algun derecho en particular. La parte que presenta la casación debe tener facultades para hacerlo. Está habilitado el procesado, el actor civil, el Ministerio Público e incluso este último puede recurrir a favor del imputado entendiéndose que es en el marco de la defensa de la legalidad. Por ejemplo que haya sido condenado con una sanción que supera el máximo del tipo penal imputado.

- El recurso de casación deberá ser presentado por escrito y en el plazo legal como regla general; pero también puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva (art. 405.b).

- Quien presente el recurso de casación debe obligatoriamente precisar las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los

fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

- Si interpuso el recurso oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia, esto es insuficiente pues debe formalizarse el recurso en el plazo de cinco días.

También será inadmisible si se hubiese interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el NCPP o cuando se haya dirigido contra resoluciones que no son impugnables en casación.

La casación implica que ha existido un comportamiento congruente del impugnante desde la primera resolución que le causó agravio. Por ello se declarará inadmisible el recurso interpuesto por quien haya consentido la resolución adversa de primera instancia y si esta fue confirmada por la resolución objeto del recurso. Además se rechazará si el impugnante invoca violaciones de la ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.

También será declarado inadmisible si es que ese carece manifiestamente de fundamento, esto es si no se ha señalado cuales son los errores in iudicando.

Se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida. Esto implica la existencia de jurisprudencia reiterada y uniforme en las que exista declaración en contra de la pretensión casatoria del impugnante.

Puede existir inadmisibilidad que podrá afectar a todos los motivos que se han dado como fundamento, pero también podrá referirse a alguno de ellos, esto es que puede existir un recurso que sea declarado inadmisible en un extremo y admisible para su examen por el colegiado supremo.

La calificación la realiza el juez que emitió la resolución impugnada, quien debe pronunciarse sobre la admisión del recurso, notificando su decisión a todas las partes. Realizada la notificación elevara los actuados a la Sala Penal de la Corte Suprema que de oficio, también podrá controlar la admisibilidad del recurso y, si encuentra alguna causal, podrá anular el concesorio.

7. Admisibilidad de la casación

Las causales para desestimar el recurso están previstas en el artículo 428.1. Uno de ellos es cuando no se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos 405 y 429 del NCPP.

En el auto calificación de recurso de casación N° 04-2008-Huaura del 10 de marzo de 2008 respecto de la inadmisibilidad del recurso señaló que se rige por lo normado en el artículo 428 y sus normas concordantes del citado Código. Los requisitos deben cumplirse a cabalidad para que se declare bien concedido, o se desestimará el recurso si no se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos cuatrocientos cinco y cuatrocientos veintinueve del acotado Código –conforme al parágrafo a) del citado artículo–: el apartado c) del numeral uno del artículo cuatrocientos cinco estipula i) que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, ii) se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyan, y iii) se concluya formulando una pretensión concreta; sin perjuicio de ello, el inciso primero del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal establece que: a) se mencione separadamente cada causal casatoria invocada, b) se cite concretamente los preceptos legales erróneamente aplicados o inobservados, c) se precise el fundamento o fundamentos doctrinales y legales, y d) se exprese específicamente cuál es la aplicación que pretende (...) la defensa del recurrente no ha precisado los motivos casacionales ni especifica su pretensión impugnativa, más bien, su recurso está dirigido a que este Supremo Tribunal realice un análisis de los medios de prueba, que no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación que no es posible hacerlo en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria (...)".

8. Causales para interponer recurso de casación

Las causales para acceder a la casación tienen relación con lo que en doctrina se conoce como interés casacional. Blasco Gasco señala que el interés casacional supone la idoneidad del asunto de acceder a la casación sin tener en cuenta no el objeto, ni la cuantía del procedimiento si concurren ciertas circunstancias o supuestos taxativos señalados en la ley y en sentido amplio se puede entender como aquel que trasciende al de las partes, por tanto más allá del *ius litigatoris*, es el criterio o los criterios de política legislativa que establece el legislador para acceder al recurso de casación[75].

Los supuestos para que la Corte Suprema se pronuncie sobre el fondo si es que sortean la calificación (art. 429) son los siguientes:

(75) Citado por YAIPÉN ZAPATA, Víctor. "La incautación como medida cautelar en el nuevo proceso penal". En: Revista *Gaceta Penal & Procesal Penal*. N° 10. Gaceta Jurídica. Lima, enero de 2011. p. 307.

a) Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías

Esta casación controla si la sentencia recurrida ha observado garantías constitucionales como las que tutela el debido proceso. No de afectaciones de mera legalidad. Puede darse el caso que se ha omitido cumplir con las garantías constitucionales y en otros casos se hacen referencia a estas pero la aplicación es errónea al caso concreto.

En el auto de calificación del recurso de Casación N° 7-2010-Huaura del 19 de abril de 2010 se analiza la procedencia de la causal de falta de motivación esto es la carencia de razones para sustentar la decisión judicial de la siguiente forma:

> "(...) la admisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Procesal Penal y las normas concordantes (...) el acusado Silva Urbisagástegui reprocha en casación una sentencia de vista, que confirmando la de primera instancia, lo condenó como autor del delito de actos contra el pudor en agravio de la menor (el recurrente solo se limitó) a afirmar –en términos generales– que no se ha verificado ni acreditado en autos que se haya efectuado actos contra la menor agraviada o contra otros agraviados que importen la violación de su libertad sexual u otro tipo de delito, más aún si no se ha actuado prueba alguna en contrario, que permita rebatir el principio de presunción de inocencia, por lo que corresponde admitir dicho medio de exculpación a su favor; sin embargo, del tenor del mismo, se aprecia que **no identificó el aspecto o ámbito de los derechos fundamentales que se habrían vulnerado a los efectos de su control constitucional en vía casatoria, por el contrario** –confundiendo los alcances del recurso de casación–, lo que pretende es que este Supremo Tribunal realice un análisis independiente de los medios de prueba, pretensión que resulta inviable en virtud de los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria, confundiendo juicio de legalidad o de suficiencia –que parte de los medios y elementos de prueba analizados por el órgano sentenciador y se proyecta al examen de la conclusión que se arriba sobre el tema de prueba– con el análisis autónomo de la prueba de cargo actuada, que no cabe realizar por su cognición limitada al órgano de casación –siendo ajeno a su objeto la revaloración de los medios probatorios que sirvieron de base a una sentencia de condena–; que, en tal virtud, lo alegado por el reclamante, respecto a los agravios antes señalados, carece ostensiblemente de contenido casacional (...) declararon INADMISIBLE el recurso (...)".

En la Casación N° 09-2007-Huaura del 18 de febrero de 2008 se admitió a trámite por el motivo la inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso (por infracción del principio de inmediación) y defensa procesal (por vulneración del derecho a la prueba pertinente). La actora civil alegó que en segunda instancia no se le convocó para que preste declaración, pese a que su testimonio fue ofrecido como prueba, con infracción del artículo 422.5 del NCPP por lo que no se pudo valorar la prueba personal. La Sala Suprema determinó que el tema específico estaba centrado en establecer si existió o no vulneración del derecho a la prueba pertinente y con ello afectación del principio de inmediación. Como marco conceptual la Sala Suprema señaló que el derecho a la prueba pertinente está ligado al derecho de defensa y que no se puede ejercer tal derecho si no se permite a las partes llevar al proceso los medios que puedan justificar los hechos que han alegado; siempre que a) la prueba haya sido solicitada en la forma y momento procesalmente establecido, b) sea pertinente, es decir, debe argumentarse de forma convincente y adecuada el fin que persigue, y c) que la prueba sea relevante. La inmediación garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas y si no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee de un acta, no está en condiciones de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho. Tal declaración no puede ser contra examinada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad. Sin inmediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo. Que el Colegiado de segunda instancia al rechazar la prueba ofrecida por la actora civil, en cuanto al examen de la agraviada vulnero no solo el derecho a la prueba sino la garantía constitucional del debido proceso al afectar el principio de inmediación y la garantía de defensa procesal en su ámbito de derecho a la prueba pertinente. Como conclusión del examen del recurso declararon fundado el mismo.

b) Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad

Debe entenderse que en este ámbito se controlará las inobservancias del estatuto procesal siempre que estas se encuentren sancionadas con nulidad absoluta, o insubsanables de tal forma que incidan en la decisión de la recurrida.

En la Sentencia de Casación N° 10-2007-Trujillo dado en Lima el 29 de enero de 2008 se desarrolla respecto de esta causal y la anterior que nos servirá de ilustración para entenderlos a partir de la casuística.

"(...) el acusado (...) interpuso recurso de casación (...) Introdujo dos motivos de casación: a) la denominada "casación constitucional", centrada en la presunta vulneración de tres preceptos constitucionales: presunción de inocencia, debido proceso e *in dubio pro reo*; y, b) la denominada "casación procesal o por quebrantamiento de forma" (...) el agravio consiste en que –según el recurrente– la sentencia de vista, al apreciar la prueba –testimonial de Wildo Rubén Avila Navis–, no cumplió con los requisitos de suficiencia probatoria y, además, vulneró la regla de legitimidad y legalidad de la prueba testimonial. Alega al respecto que la admisión de dicha testifical fue ilegal porque se vulneró los apartados uno y dos del artículo trescientos setentitrés del nuevo Código Procesal Penal [solo se acepta nueva prueba, instalado el juicio oral, cuando las partes han tenido conocimiento de ella con posterioridad a la audiencia de control de la acusación] (...) En el escrito de acusación la señora fiscal provincial solo ofreció la copia de la manifestación de Wildo Rubén Avila Navis, (...) El juzgado (...) la declaró inadmisible porque su lectura en el juicio no correspondía (...) Sin embargo, en la estación de ofrecimiento de nueva prueba la fiscalía ofreció la declaración (...) sin oposición de la defensa del imputado, la que además tuvo la oportunidad de contrainterrogarlo (...) la insistencia del testimonio personal en el acto oral, en esas condiciones de rechazo del acta de declaración sumarial, muy bien puede ser invocada en la oportunidad prevista en el artículo trescientos setenta y tres, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal. La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego, una lesión a los derechos de las partes. En el presente caso el testigo citado asistió al acto oral, fue examinado por las partes y, es más, la solicitud probatoria que justificó su presencia no fue objetada por el imputado. No se está, pues, ante una prueba inconstitucional (...)".

En el auto de calificación del Recurso de Casación N° 09-2010-Tacna del 23 de abril de 2010 se señala que la inadmisibilidad del recurso, se rige por la concordancia de los artículos 428 y sus normas concordantes del NCPP para que se declare bien concedido. En el caso se aprecia que se ha recurrido una sentencia de vista por la que se absolvió al acusado de la acusación fiscal formulada en su contra, y estando a que el delito tiene en su extremo mínimo una pena privativa de libertad de 30 años, se cumple el presupuesto objetivo estatuido en el artículo 427 apartados 1 y 2 del NCPP. Además el recurso cumple los presupuestos formales correspondientes de tiempo, lugar, modo y fundamentación.

El fiscal superior, ha citado como motivos del recurso los incisos 1, 3 y 4 del artículo 429 del NCPP y los ha precisado separadamente como exige el apartado uno del artículo 430 lo que permite que la Sala Suprema ordenadamente analice su coherencia o correspondencia interna a los efectos de su admisibilidad. El primer motivo fue por inobservancia de normas legales de carácter procesal por la vulneración del principio acusatorio y del debido proceso.

Los argumentos jurídicos del fiscal son que de conformidad a la Resolución N° 2005-2006-PHC/TC el Tribunal Constitucional estableció que la potestad de incoar la acción penal y de acusar es exclusiva del Ministerio Público. El MP acusó al encausado como autor del delito de violación sexual de menor de 14 años, tipo penal descrito en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal, sin embargo, de la sentencia impugnada se advierte que la Sala Superior no solo absolvió al encausado por este delito, sino que además extrañamente lo ha absuelto por el tipo penal descrito en el artículo 173 inciso 3 referido al delito de violación sexual de mayor de catorce y menor de dieciocho años, por lo que este motivo casacional se consideró su admisión.

c) Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación

Esta es la más cercana aplicación de la casación, el control de la legalidad material o sustantiva. El primer supuesto es la interpretación errónea que ha realizado el juzgador de una norma material la misma que debe ser expuesta en el agravio y además proponerse cuál es la interpretación correcta. La otra causal es cuando el juzgador ha omitido la aplicación de la norma penal que sea imprescindible para la resolución del caso. Ambas causales específicas no podrían citarse por ser contradictorias.

En el auto de calificación del Recurso de Casación N° 09-2010-Tacna del 23 de abril de 2010 se sustentó este en la indebida aplicación de la ley penal, autorizada por el artículo 429 inciso 3 del NCPP bajo el argumento que en la sentencia de vista se aplicó indebidamente los siguientes dispositivos legales: i) el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704; ii) el artículo 20 numeral 10 del Código Penal; y iii) El Acuerdo Plenario N° 4-2008 /CJ-116 los mismos que no resultan ser aplicables para el presente caso, pues la presente investigación se sigue en agravio de una menor de 14 años –artículo 173 inciso 2 del Código Penal– y no de una agraviada mayor de 14 años artículo 173, inciso 3 del citado Código. La Sala Suprema por esta causal determinó que el recurso era admisible.

d) Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor

En el mismo auto de calificación del Recurso de Casación N° 09-2010-Tacna del 23 de abril de 2010 se planteó la causal de **manifiesta ilogicidad del fallo porque** según el fiscal recurrente se habría producido en el considerando 32 de la sentencia y siguientes - se establecen las siguientes ilogicidades: a) que pese a que en el punto 33 se señala que no se acreditó la relación sentimental que el encausado aduce tener con la agraviada, la Sala Superior en el mismo punto señaló que dicha posibilidad no se puede descartar totalmente **–ilogicidad manifiesta–**; y b) que en el punto 34 de la sentencia se señaló que es preciso analizar si nos encontramos ante un error de tipo que podría excluir de responsabilidad al acusado. El fiscal alegó que aceptada la tesis del error de tipo solo cabe determinar si en las relaciones sexuales medió o no violencia, si fue con o sin consentimiento de la menor; esto es que la Sala pese a aceptar que hay error de tipo no aplica lo dispuesto en el artículo 14 del Código Penal, sino que por el contrario, procede a analizar y evaluar si la menor agraviada prestó o no su consentimiento, o si hubo o no violencia en las relaciones sexuales como si se tratase de una menor agraviada mayor de catorce años, aunado a que en el punto 46 de la sentencia se acotó que existe **duda razonable sobre el posible error de tipo** que hubiese incurrido el sentenciado, evidenciándose claramente la manifiesta ilogicidad en los fundamentos de la sentencia recurrida. En este auto la Sala Penal Suprema consideró que se trataba de un motivo susceptible de análisis en sede casacional.

e) Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional (art. 429)

Si se invoca el numeral 4) del artículo 427, será procedente el recurso de casación cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial; el impugnante sin perjuicio de señalar y justificar la causal que corresponda conforme al artículo 429, deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. Si el impugnante invoca este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos. La facultad para poder determinar si se pronuncia la Corte Suprema para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial tiene un parangón en la doctrina del *stare decisis* norteamericano.

También se emplea como término más genérico los denominados precedentes vinculantes que son reglas jurídicas de obligatorio cumplimiento para los jueces, dictados por la Corte Suprema, cuya finalidad es uniformizar a la judicatura respeto a diversos tópicos del Derecho Penal en aras de hacer realidad una justicia predecible y garantizar la seguridad jurídica como cimiento del orden constitucional y democrático de Derecho.

Como causa para admitir el recurso es la afectación de un precedente del Tribunal Constitucional. En el caso de la jurisprudencia constitucional tenemos que los requisitos para fijar precedentes han sido establecidos en la propia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como las que fluyen del Exp. N° 0024-2003-AI/TC caso Municipalidad Distrital de Lurín de 10 de octubre de 2005 en el que ha estimado que hay necesidad de fijar reglas jurídicas vinculantes cuando existen precedentes conflictivos o contradictorios; interprelaciones erróneas de una norma del bloque de constitucionalidad; la existencia de vacíos normativos; normas carentes de interpretación jurisdiccional y cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

El artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que los **"principios jurisprudenciales"** son fijados por las Salas Especializadas de la Corte Suprema que han de ser de obligatorio cumplimiento desde todas las instancias judiciales. En materia civil el artículo 400 del Código Procesal Civil modificado por la Ley N° 29364 establece que la Sala Suprema Civil convoca al pleno de magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un **precedente judicial** y la decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye **precedente jurisprudencial** y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro precedente. En materia penal el artículo 301 A del Código de Procedimientos Penales si hace referencia expresa al **precedente vinculante**. La Ley N° 27584 en el artículo 34 en su versión original denominaba a las decisiones adoptadas en casación por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República **doctrina jurisprudencial en materia contencioso administrativa**. Este artículo fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, publicado el 28 junio 2008 y dice que cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante. La nomenclatura legal entonces considera que la doctrina jurisprudencial, los principios jurisprudenciales **son los precedentes vinculantes.**

En el caso del precedente judicial, existe la posibilidad que los jueces se aparten pero motivando esa discrepancia. En la Corte Suprema se considera que este apartamiento debe ser con argumento distinto a los que ha sustentado

las posturas minoritarias que han sido vencidos en plenos jurisdiccionales de jueces supremos o en sentencias plenarias, al amparo del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales.

Por otro lado la Corte Suprema tal como lo hace el Tribunal Constitucional puede apartarse de una regla jurídica sustituyéndola por otra y que se conoce como la técnica del *overruling*.

La Sala Suprema de oficio o a pedido de la fiscalía podrá decidir, atendiendo a la importancia del asunto llevado a su conocimiento expresamente señalará que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial para los jueces de la república. La *ratio decidendi* permanecerá vigente hasta que otra decisión expresa la modifique (art. 433.3 del NCPP).

En el caso que haya otra Sala Penal Suprema, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Jueces Supremos en lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. No se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

Si hay posiciones discrepantes entre Salas Penales Supremas o entre integrantes de la Sala Penal, sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a petición del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, obligatoriamente se convocará el Pleno Casatorio de los Jueces de lo Penal de la Corte Suprema. Previa a la decisión del Pleno de Jueces Supremos se anunciará el asunto que lo motiva, es decir sobre que se va a dictar reglas jurídicas; y se señalará día y hora para la vista de la causa. Se citará al Ministerio Público y, si fuese el caso a la Defensoría del Pueblo. La decisión se adoptará por mayoría absoluta y se publicará en el diario oficial.

En la medida que el recurso de casación es de reciente data se han dictado muy pocas como doctrina jurisprudencial. La mayor temática abordada del NCPP ha sido en los acuerdos plenarios, particularmente en el VI Pleno.

La Corte Suprema en materia penal ha empleado las siguientes modalidades para fijar precedentes vinculantes en el marco del Código de Procedimientos Penales como del NCPP

1. Ejecutoria suprema vinculante. Esta ejecutoria se origina por la decisión de una Sala Penal Suprema de fijar en algunos de los considerandos

de su sentencia reglas jurídicas. El fundamento es el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales.

2. Sentencia Plenaria que resuelve discrepancias jurisprudenciales. Estas sentencias se han acordado en pleno de jueces supremos para dilucidar sobre las ejecutorias supremas contrapuestas, como el caso del momento consumativo del delito de robo agravado o la sustitución de la pena con base en el artículo 6 del Código Penal por las nuevas penas mínimas y máximas establecidas por la Ley N° 28002 que modificó el artículo 297 del Código Penal. El fundamento es el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales y puede ser a iniciativa de una Sala Penal o también Fiscalía Suprema o Defensoría del Pueblo.

3. Acuerdo plenario de jueces supremos que aprueba que determinadas ejecutorias supremas se conviertan en vinculantes o sobre alguna materia sustantiva, procesal o de ejecución. Su base legal es el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dice que los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad.

La calidad de vinculantes de los acuerdos plenarios no está exenta de críticas ya que quienes discrepan dicen que la única fuente de Derecho admitida es la jurisprudencia, y no la discusión, los debates o acuerdos a los que pueden arribar los magistrados del Poder Judicial, y que la jurisprudencia es formada por la actividad judicial expresada a través de sentencias o autos[36]. Los acuerdos plenarios según interpretación de la Corte Suprema tienen carácter vinculante en una apreciación sistemática de las reglas para establecer principios jurisprudenciales. Consideramos que la fijación de los precedentes le corresponde por jerarquía al más alto tribunal. Los acuerdos plenarios no nacen de una discusión académica sino sobre la base de problemas derivados de los fallos de la misma Corte Suprema y de los órganos inferiores, lo que puede advertirse de una lectura de la justificación de los acuerdos.

En el VI, I Extraordinario, VII y VIII Pleno de Jueces Supremos a diferencia de los anteriores plenos se ha implementado debates previos con participación de instituciones del ámbito jurídico, acercando la problemática no solo a los jueces sino a la comunidad jurídica nacional. Las fases en que se desarrollan son:

(36) CASTILLO ALVA, José Luis. *Precedentes Vinculantes, Sentencias Plenarias y Acuerdos Plenarios en materia penal de la Corte Suprema de Justicia*. Los Precedentes Vinculantes. Apeca. Lima, 2009. p. 37.

Primera fase: Los jueces supremos discuten y debaten la agenda, la que debe contener la problemática o controversias en la judicatura en temas sustantivos, y además procesales dando énfasis al nuevo modelo procesal penal.

Segunda fase: Se organiza un foro de participación ciudadana en el portal de internet del Poder Judicial. Participan instituciones por medio de sus representantes, y se presentan ponencias que son sustentadas en audiencia pública.

Tercera fase: En esta se lleva a cabo la sesión plenaria en la que se realiza la discusión y formulación de los acuerdos plenarios cuya labor recae en los jueces supremos ponentes.

De acuerdo a la agenda fijada con base en ejes temáticos, también se discuten subtemas que merecen la fijación de reglas jurídicas.

Los acuerdos emitidos por los jueces supremos vinculados al NCPP son los siguientes:

- Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 que tuvo como centro de debate la medida cautelar patrimonial de la incautación que consideramos como la posesión de la cosa por la autoridad.
- Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116 que desarrolló la naturaleza y alcances de la audiencia de tutela.
- Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116 que trató sobre la acusación directa y el proceso inmediato.
- Acuerdo Plenario **N° 5-2011 sobre la víctima y constitución en actor civil.**

9. Interposición y admisión

Las reglas para poder interponer el recurso de casación sin perjuicio de los requisitos del artículo 405 del NCPP es que deben indicar separadamente la causal invocada. Esto permite que tenga un orden y coherencia. El impugnante tiene la obligación de citar con claridad los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados. Además precisar los fundamentos doctrinales o legales que sustentan su pretensión casatoria y deberá expresar cuál es la aplicación que pretende (art. 430.1).

Interpuesto ante la Sala Superior se abre un primer examen de admisibilidad. Esta tendrá la capacidad de declarar inadmisibilidad si se dan los supuestos

fijados en el artículo 405 o cuando se invoquen causales distintas a las señaladas taxativamente por el NCPP (art. 430.2).

10. Concesión del recurso

Si se han cumplido los requisitos de admisibilidad y la Sala Superior concede el recurso, dispone que se notifiquen a todas las partes y se les emplazara para que se presenten ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un distrito judicial distinto de Lima se fije un nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación, obviamente dentro del radio urbano. La accesibilidad de los justiciables que radican fuera de Lima a la Corte Suprema es difícil y esto puede solucionarse a partir de la implementación más agresiva de la notificación electrónica.

Una vez que se ha elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, siempre que previamente hubieren señalado domicilio procesal en Lima. Si no lo hicieron se les tendrá por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema. Esto implica un grado de diligencia de las partes involucradas en el recurso casatorio.

11. Auto concesorio de apelación

La Sala Penal Suprema emitirá sin trámite alguno un auto por el que decidirá si es que el recurso ha sido bien concedido y si procede conocer el fondo de este (art. 428 del NCPP) Este es un primer tamiz en la suprema, y es en esta etapa que pueden ser rechazados los recursos casatorios si se ha incumplido con los requisitos de admisibilidad. El auto debe expedirse dentro del plazo de 20 días y bastan tres votos conformes de cinco supremos si procede que se pronuncien sobre el fondo.

En el auto de calificación del recurso de casación presentado por un Tercero Civil en Huaura, veintiséis de abril de dos mil diez, Exp. N° 10-2010, la Corte Suprema realizó el siguiente raciocinio:

> "(…) conforme al estado de la causa y en aplicación de lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo; que, con carácter previo, es de precisar que se ha cumplido con el trámite de traslados respectivos, sin que las partes recurridas presenten sus alegatos correspondientes (…) el recurso de

casación, como todo medio de impugnación, está sometido al cumplimiento de presupuestos procesales **objetivos, subjetivos y formales**, cuya insatisfacción determina su rechazo liminar; que se ha recurrido una sentencia en el extremo del monto fijado como reparación civil –quince mil y cinco mil nuevos soles–, por lo que se cumple **con el presupuesto objetivo estatuido en el artículo cuatrocientos veintisiete, apartados tres, del Nuevo Código Procesal Penal [el citado dispositivo legal refiere que procede el recurso de casación cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta unidades de referencia procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente]**; que, además, **el recurso cumple con los presupuestos formales correspondientes de tiempo, lugar, modo y fundamentación**. (…) el TERCERO CIVIL RESPONSABLE, (…) sus agravios están referidos a un motivo concreto, cuál es la falta de motivación –en cuanto a la reparación civil– en las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, al amparo de lo dispuesto en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado (…) en lo referente al agravio de la falta de motivación, el recurrente invoca como punto de partida que la sentencia de segunda instancia no se pronunció sobre el argumento expresado en su recurso de apelación, cual fue a su vez la falta de motivación en la sentencia de primera instancia respecto al monto fijado como reparación civil; que, el supuesto de motivación inexistente o vacía, es uno de los ámbitos expresamente reconocidos del motivo de casación establecido en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo estatuto procesal; por consiguiente, es pertinente declarar bien concedido, la causal por vulneración del precepto constitucional referido la falta de motivación: - artículo cuatrocientos veintinueve, inciso cuatro, del Nuevo Código Procesal Penal (…)".

12. Audiencia

Una vez que se ha concedido el recurso de casación, el expediente quedará en la secretaría de la sala suprema para que las partes puedan examinarlo **y si lo estiman así presentar alegatos ampliatorios por escrito (art. 431.1 del** NCPP). Vencido este plazo se fijará la fecha para la audiencia de casación, y se estará a las partes apersonadas.

La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. Si el fiscal no asiste de manera injustificada y si este lo ha interpuesto la Sala Suprema declarará inadmisible el recurso presentado. Si lo presentó el abogado

y no asiste se aplicará la misma regla. En la Casación Nº 97-2010-Puno, 3 de mayo de 2011[77] por inasistencia injustificada del recurrente pese a que estuvo debidamente notificado se declaró inadmisible el recurso y condenaron al pago de costas que serían exigidas por el Juez de la Investigación Preparatoria.

El orden de intervención en la audiencia se determina a partir de quien la presentado el recurso, y es el abogado quien hará uso de la palabra. Si existiese varios impugnantes se seguirá el orden que establece el artículo 424.5[78]. Luego informaran los abogados de las partes recurridas. Si se hace presente el imputado se le concederá la palabra en último término.

Culminada la audiencia la Sala Suprema expedirá la sentencia en veinte días y se requieren para hacer resolución 4 votos conformes. La sala aplicará las reglas establecidas en el artículo 425.1 del NCPP[79] y 425.2.

13. Competencia

La Sala Penal Suprema conocerá del recurso centrando su pronunciamiento en las causales de casación que expresamente hayan sido invocadas por el impugnante. Esto no limita a la Sala Suprema ya que puede conocer las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso (art. 432.1 del NCPP). Entonces, la facultad de examen de la resolución cuestionada es amplia y no se reduce a las causales de casación.

La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos (art. 432.2). Pese a sus amplias facultades, la resolución impugnada le establece los límites, no puede salirse de ella.

(77) Extraída de <www.pj.gob.pe> en jurisprudencia sistematizada.

(78) 5. Al culminar la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden empezando por las recurrentes, de conformidad en lo pertinente con el numeral 1) del artículo 386. El imputado tendrá derecho a la última palabra. Rige lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 386.

(79) 1. Rige para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia lo dispuesto, en lo pertinente, en el artículo 393. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de diez días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos.

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

Cuando se detecta errores jurídicos, hay que determinar si influyen en la decisión. Si no lo hacen no será causal de nulidad. Sin embargo estos errores deben ser corregido por la sentencia casatoria.

14. Sentencia casatoria. Contenido

Una primera opción que tiene la Corte Suprema según el artículo 433.1 del NCPP es que si declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la sentencia o auto impugnados, podrá decidir directamente sobre el caso, es decir hacer primero el juicio rescindente y si considera que no es necesario un nuevo debate y no hay necesidad de ordenar el reenvío del proceso hará el juicio rescisorio. Dictada la sentencia esta se notificará a todas las partes, incluso a los que no han impugnado.

En la Casación N° 01-2007-Huaura del 26 de julio de 2007 se hace referencia al rescindente respecto de un caso vinculado a prisión preventiva. "Por ello, y como hace falta realizar en forma la audiencia de prisión preventiva con las citaciones correspondientes, la estimación del recurso de casación solo trae consigo un **juicio rescindente**". En virtud del artículo 433.1 del NCPP esto implica que el juicio rescisorio lo hará el juez de investigación preparatoria.

La Sala Suprema si opta por la anulación sin reenvío en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido. Los dos juicios se harán en la misma sentencia y no por separado por economía procesal.

Si la Sala por el contrario decide la anulación con reenvío, en la sentencia deberá indicar el juez o Sala Penal Superior competente y el acto procesal que deba renovarse. Es decir precisa los puntos en que el órgano jurisdiccional que reciba los autos deberá pronunciarse. Se debe proceder conforme al marco fijado por la Sala Penal Suprema.

15. Efectos de la anulación

Si la Corte Suprema se decide por la anulación, los efectos jurídicos procesales de esta decisión son los siguientes:

La anulación del auto o sentencia recurridos podrá ser total o parcial. Si es total se tendrá que rehacer la decisión y si es parcial que muchas veces se realiza porque la nulidad no alcanza a toda la resolución y por economía procesal y por no alterar los que las partes no han cuestionado.

De allí que cuando hay anulación parcial, las disposiciones de la sentencia impugnada que no ha sido anulada tendrán valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. Para que sea clara la decisión respecto a las partes de la sentencia impugnada que adquieren la calidad de firme o ejecutoria, la Sala Penal de la Corte Suprema declarará lo declarara expresamente en la parte resolutiva (art. 434). Esta regla es útil puesto que evitará la ambigüedad que obligue a las partes a solicitar aclaraciones.

16. Efectos de la casación sobre medidas cautelares

Si por efecto de la casación de un auto o sentencia impugnados deba cesar la detención del procesado, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenará directamente la libertad. Esta regla se aplicará para la cesación de otras medidas de coerción (art. 435 del NCPP) Tiene sentido esto pues imaginemos que la Sala Suprema decida que la ejecución la realice el órgano jurisdiccional cuya resolución fue casada, implicaría la devolución de la causa lo que conlleva un tiempo determinado que afectaría los derechos de la persona destinataria de las medidas cautelares.

VII. Improcedencia de recursos contra sentencia casatoria y de sentencia dictada en juicio de reenvío

1. Antecedentes

La sentencia emitida por la Corte Suprema no puede ser impugnada por vía recursal ni la presentación de nulidad. Siendo la más alta instancia, esta cierra la posibilidad de medios ordinarios y legales, salvo la demanda de revisión o los procesos constitucionales como el hábeas corpus o el amparo.

En el marco del Código de Procedimientos Penales y el recurso de nulidad, la Corte Suprema dictó la Ejecutoria Suprema Vinculante R.N. N° 798-2005-Ica del 22 de agosto de 2005 en las que estableció reglas jurídicas respecto de la petición de Nulidad de una ejecutoria suprema de la siguiente forma:

> "(...) como criterio rector, es del caso dejar sentado que la sentencia Ejecutoria que emite la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pronunciándose sobre el recurso de nulidad interpuesto por las partes en el ámbito de sus derechos e intereses legítimos, por su propia naturaleza y jerarquía, es definitiva e inmodificable –salvo, claro está, los supuestos de aclaración y corrección de resoluciones–, y contra ella no procede recurso alguno, menos articulación de nulidad de actuados

basada en motivos de mérito, que en buena cuenta persiguen un reexamen del recurso o cuestión controvertida definitivamente resuelta".

La Sala Suprema deja sentada que la Sentencia Ejecutoria que resuelve un recurso de nulidad es definitiva e inmodificable, salvo en los supuestos de aclaración y corrección de resoluciones, y contra dicha resolución no procede recurso alguno y menos articulación de nulidad de actuados que persiguen una revisión de la cuestión controvertida ya decidida. Continúa señalando el Supremo Tribunal:

> "(...) que, asimismo, excluida *in limine* toda alegación que pretenda una nueva valoración de la cuestión jurídica decidida, y en tanto ello no implique volver a examinar lo ya resuelto –alegando supuestos vicios *in iure*–, solo es posible cuestionar indirectamente el fallo invocando, de un lado, vicios de procedimiento en la tramitación del recurso en la propia Sala Penal, siempre que importen una efectiva indefensión a la parte afectada, y, de otro lado, pero muy restrictivamente, vicios por defecto de la propia sentencia de mérito, y solo cuando se vulnere el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida, cuyo amparo por lo demás está sujeto a que ese tema no haya sido tratado implícita o explícitamente en el fallo al respeto al principio de enmienda y conservación de los actos procesales; que fuera de esos vicios, que suponen infracción de la norma que guía el trámite del procedimiento impugnatorio en la Corte Suprema de Justicia o cautela la configuración del fallo en orden a lo que debe decidir, siempre que sobre los alcances de la congruencia no exista una motivación puntual en el propio fallo, no cabe articulación alguna contra la ejecutoria suprema y, extensivamente, contra una sentencia que resuelva el objeto procesal de una causa en vía recursal, y siempre en este último caso que no exista contra la misma un recurso impugnatorio posible de interponerse y el punto no haya sido objeto de la pretensión impugnatoria por haberse seguido sorpresivamente luego de su expedición".

Establece excepciones cuando existen vicios de procedimiento en la tramitación del recurso en la propia Sala Penal, que han dejado en indefensión a la parte afectada, y cuando, muy restrictivamente hay vicios por defecto de la propia sentencia de mérito, y solo cuando se vulnere el principio de congruencia entre pretensión impugnatoria y absolución del grado o sentencia proferida, cuyo amparo por lo demás está sujeto a que ese tema no haya sido tratado implícita o explícitamente en el fallo por respeto al principio de enmienda y conservación de los actos procesales.

Sobre este asunto además es de tener en cuenta la institución de la cosa juzgada puesto que plantea límites y establece responsabilidades para los que incumplan el mandato contenido en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que en la parte pertinente dice:

> "No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso".

Esta regla jurídica le da primacía a la seguridad jurídica que es uno de los principios sustanciales del Estado de derecho, y que se manifiesta en la institución de la cosa juzgada, y que también es aplicable a las sentencias casatorias.

2. Cuestionamiento de la sentencia casatoria

La sentencia casatoria o la de juicio de reenvío tal como la sentencia dictada al amparo de un recurso de nulidad que hemos examinado, no es susceptible de ser impugnada pues no se encuentra previsto un recurso contra ellas. Si alguien deseara cuestionarlas, la vía más adecuada sería la constitucional como una acción de amparo. Además está previsto un procedimiento de revisión de la sentencia condenatoria cuyas causales están descritas en el NCPP (art. 436.1).

La sentencia dictada en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria es inimpugnable. Si podría ser recurrida, si la nueva sentencia emitida se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria. En realidad esta es la expresión de reglas de congruencia pues si la sentencia casatoria ya estableció el marco de decisión del juicio de reenvío y así ha sido resuelto, no es razonable que nuevamente se examine vía la casación este tema hasta el infinito. En todo caso en resguardo de los derechos de la parte que se considera agraviada, su recurso será en los aspectos distintos a la causal casatoria.

VIII. El recurso de queja

Este recurso está dirigido a cuestionar la resolución por la que se declaró inadmisible el recurso de apelación presentado. Así lo establece el artículo 437.1 del NCPP que establece que procede el recurso de queja de derecho contra la resolución del juez que declara inadmisible el recurso de apelación.

La queja también puede interponerse contra la resolución de Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación (art. 437.2). Es decir siempre el sentido de este recurso es remover la denegatoria del recurso interpuesto.

Es competente para conocer del recurso de queja el órgano donde se interpone la instancia superior del que denegó el recurso.

Se considera que este recurso se tramita en cuerda separada o incidental pues no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

1. El trámite del recurso de queja

En el recurso de queja se precisará:

- Motivo de su interposición.
- Invocación de norma jurídica vulnerada.
- Se acompañará el escrito que motivó la resolución recurrida, esto es el recurso de apelación o los escritos referentes a su tramitación.
- La resolución recurrida; el escrito en que se recurre; y, la resolución denegatoria (art. 438.1 del NCPP).

El NCPP hace una remisión al artículo 403 del Código Procesal Civil en los dos últimos párrafos que respecto del trámite y los tiempos dicen lo siguiente:

> "Tratándose de distritos judiciales distintos a los de Lima y Callao, puede el peticionante solicitar al juez que denegó el recurso, dentro del plazo anteriormente señalado, que su escrito de queja y anexos sea remitido por conducto oficial.
>
> El juez remitirá al superior el cuaderno de queja dentro de segundo día hábil, bajo responsabilidad".

Una vez que tiene el recurso el órgano competente, este podrá adoptar sin trámite alguno su admisión y si es fundado. A despecho del sistema oral el artículo 438.3 establece que si faltase algún elemento documental el órgano superior puede solicitar al inferior copia de actuación procesal. La solicitud en aras de la celeridad puede cursar vía fax o por otro medio. No se descarta la vía electrónica.

El órgano superior conforme al artículo 438.4 del NCPP si declara fundada la queja, se concede el recurso denegado y se ordena al juez de la causa que envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las partes.

Si el superior declara infundada la queja, se comunica la decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

¿Cuáles serían los motivos para denegar el recurso impugnatorio? Pueden ser por falta de legitimidad activa para interponerlo; si el agraviado no se constituyó en actor civil; si la norma expresamente no ha previsto este tipo de recursos o el plazo para interponerlo ya venció.

IX. La acción de revisión

1. Recurso de revisión

Denominado también del hecho nuevo, se dirigen contra las sentencias que tienen autoridad de cosa juzgada, como las dictadas por la Corte Suprema, tiene por objeto reparar los posibles errores judiciales. Es una excepción al principio de autoridad de la cosa juzgada; pero su razón de ser es clara: evitar, en lo posible, el grave daño del error judicial[80]. Es decir evitar que una persona que ha sido condenada injustamente siga sintiendo sobre sus espaldas los efectos del yerro judicial.

En el Derecho español la revisión es regulada en los artículos 954 a 961 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, como un medio de impugnación de la cosa juzgada material que produce la sentencia penal.

Se entiende de manera pacífica en España que la revisión no es un recurso, sino un "proceso", al menos en sentido formal, pues no es un verdadero proceso entre partes, por el que se ataca la cosa juzgada material de una sentencia penal firme, que es injusta con base en determinados motivos, en particular por causa de hechos falsos o de hechos nuevos. Los antecedentes son también los mismos[81].

(80) LEVENE, Ricardo. Tomo II. Ob. cit., p. 672.
(81) GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. "La revisión en el proceso penal español". En: <perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/...a_20080521_88.pdf>, p. 1.

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre

DERECHO PROCESAL PENAL

Sistema Acusatorio - Teoría del Caso
Técnicas de Litigación Oral

TOMO II

RODHAS

EDITORIAL RODHAS

DERECHO PROCESAL PENAL
SISTEMA ACUSATORIO - TEORÍA DEL CASO
TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL
- Alonso R. Peña Cabrera Freyre -

2a. Edición. Enero, 2014
Tiraje: 1000 ejemplares

© Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre
1ª Edición. Noviembre, 2011

© Derechos de Edición de EDITORIAL RODHAS SAC

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2013 - 20862
Registro del Proyecto Editorial en la Biblioteca Nacional
del Perú Nº 31501001301109
ISBN: (O.C.) 978-612-4073-25-0
(T. II.) 978-612-4073-27-4

Diagramación, Diseño y Corrección de Textos:
EDITORIAL RODHAS SAC
Impresión:
EDITORIAL RODHAS S.A.C.
Jr. Varela 1701 - Breña

DISTRIBUCION : **EDITORIAL RODHAS SAC**

LIMA : Jr. Ilo 272 Of. 103
Telf.: (014) 423-8767 / 433-6280
www.editorialrodhas.com
Email: ventas@editorialrodhas.com

CHICLAYO : Calle Elias Aguirre 140 (SERPOST)
Telf. (074) 23-1032

PRESENTACIÓN

En el complexo de la política criminal, el Proceso Penal se constituye la panacea, pues se piensa, que a través de su materialización, la prevención delictual adquirirá niveles óptimos, en cuanto a la real contención de la criminalidad y, ello asume mayor expectativa, con la entrada en vigencia de un cuerpo procesal, sostenido sobre criterios de «eficacia» y de «eficiencia».

Siendo así las cosas, el Perú se ve imbuido en un proceso de reforma procesal (progresivo), desde hace siete años, marcando un hito importante en la historia republicana del Perú, pues ello ha supuesto insertarnos en un contexto de orden internacional, donde son varias las Naciones que decidieron optar por un nuevo rumbo, en la estructura del Proceso Penal; de dejar atrás, un modelo anacrónico y vetusto (mixto), plagado de infortunios, arbitrariedades y formalismos innecesarios, para adoptar un modelo basado en la oralidad, en el consenso y la celeridad procesal. Sin embargo, -como lo sostuvimos desde un inicio-[1], de nada sirve un nuevo arquetipo procesal (que en realidad advierte varias deficiencias normativas), si es que los operadores jurídicos no están familiarizados con la lógica y operatividad de estas novedosas instituciones jurídico-procesales, esto es, la normatividad es de esencia acusatoria, mas la mente de los operadores jurídicos sigue preservando una ideología inquisitiva. Y, eso lo decimos, al apreciar en algunas actuaciones judiciales, que algunos jueces se siguen aferrando a posiciones procesales que el nuevo CPP, no reconoce, desnaturalizando así la distinción de funciones que debe regir, entre jueces y fiscales. Ni el Juez es un órgano calificador de la denuncia penal, ni el Fiscal es un diligenciador de las actuaciones jurisdiccionales; (...) el principio acusatorio implica la necesaria diferencia entre el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque ambas tienen una finalidad convergente: aplicar la ley penal en forma justa y correcta[2].

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el EXP. N° 3960-2005-PHC/TC, ha dejado sentado que: "Este Tribunal considera necesario señalar que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación desde su inicio, para lo cual, previo estudio de los hechos, determinará si la conducta incriminada es delictuosa; es decir, si hay razones atendibles

1 Vide, al respecto: Peña Cabrera Freyre, A.R.: Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio. Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral. 4ta. edición. RODHAS. LIMA. 2012.
2 CUBAS VILLANUEVA, V.: La titularidad del ejercicio de la acción penal. En: Principios Fundamentales del nuevo Proceso Penal. Gaceta Penal & Procesal Penal. Lima. 2001. cit., p. 54.

gen de los justiciables. Eso sí, la decisión que se adopte en el Pleno Casatorio no puede afectar a la decisión jurisdiccional adoptada en el caso concreto, pues, ésta es una decisión que ha adquirido la calidad de Cosa Juzgada. La formalidad que el caso amerita importa que la resolución que adopta la "doctrina jurisprudencial" deba ser publicada en el diario oficial El Peruano.

Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de los Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará hora y día para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior (Art. 433.4). Bajo esta hipótesis, resulta que una Sala Penal Suprema o los integrantes de aquella Sala[1141] que emitió la sentencia casatoria -objeto de doctrina jurisprudencial- sostienen decisiones contrarias al sentido interpretativo de la doctrina jurisprudencial. Esta posibilidad estaría latente cuando aparecen nuevas circunstancias normativas y jurisdiccionales (derogación, modificación, sentencia del Tribunal Constitucional),[1142] que obligan al magistrado supremo o a la Sala, a seguir un criterio interpretativo o aplicación incompatible con el sentado en la doctrina jurisprudencial.[1143]

Siendo así las cosas, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo,[1144] deberá reunirse obligatoriamente el Pleno Casatorio de

1141 Este caso puede configurarse a partir de Votos singulares que puedan emitir los Vocales Supremos en el ejercicio legítimo de sus atribuciones legales.

1142 Que puede conllevar una derogación normativa.

1143 La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 22°, segundo párrafo, establece que en caso los magistrados (de cualquier instancia jurisdiccional), decidan –por excepción–, apartarse del criterio utilizado para dejar sentado un "principio jurisprudencial", están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Mientras que el tercer párrafo, señala puntualmente que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer también en el diario oficial El Peruano, en cuyo caso debe hacer mención del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan. Asimismo, el artículo 301°-A del C. de PP, dispone que, en caso la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparte del precedente. Deberá en este caso publicarse la sentencia en el diario oficial, y de ser posible a través del portal o página Web del Poder Judicial. Según lo expuesto en estas previsiones legales, el precepto en comento cobra validez, de conformidad con los principios que rigen la función jurisdiccional, esto es, su carácter autonómico de independencia. Sumado al hecho de que los magistrados fundamenten debidamente su resolución, queda claro que no pueden ser pasibles de incurrir en el delito de prevaricato.

1144 Según lo establecido en el artículo 162°, corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

los Vocales Supremos encargados en materia criminal, para la evaluación del caso precedente. Para tales efectos, antes de que el Pleno emita su pronunciamiento, se señalará fecha para la vista de la causa, con citación de los sujetos que corresponda (Ministerio Público y Defensoría del Pueblo de ser el caso), estos últimos podrán presentar los alegatos que estimen conveniente. Realizada la audiencia, el Pleno Casatorio puede decidirse en base a dos aspectos: dejar sentado que el criterio discrepante modifica al anterior, en vista de que los argumentos jurídicos justifican teleológicamente este parecer,[1145] o, en su defecto, declarar que el objeto de decisión debe seguir conforme al criterio interpretativo establecido como doctrina jurisprudencial (ratificándose entonces en el acuerdo adoptado en el Pleno Casatorio anterior). En este último caso, lo dispuesto en el Pleno, no afectará la decisión adoptada del caso que la motiva.

7. EFECTOS DE LA ANULACIÓN

La anulación del acto o sentencia recurridos podrá ser total o parcial (Art. 434.1). Quiere decir entonces que la nulidad puede afectar a todos los extremos de la resolución recurrida, o sólo a un extremo de aquélla; v.gr., anular la parte de la reparación civil, mas dejando intacta con respecto a la pena.

Si no han anulado todas las disposiciones de la sentencia impugnada, ésta tendrá valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. La Sala Penal de la Corte Suprema declarará en la parte resolutiva de la sentencia casatoria, cuando ello sea necesario, que partes de la sentencia impugnada adquieren ejecutoria (Art. 434.2). Si no existe conexión indisoluble entre las partes que han sido anuladas y aquellas que no lo han sido, éstas últimas adquieren la calidad de cosa juzgada, por lo tanto, son susceptibles de ser ejecutadas. Puede ser el caso, donde sólo se ha anulado la parte resolutiva de la condena, pues, se ha hecho uso de la exención de pena, cuando según los recaudos debe proceder una reserva del fallo condenatorio que debe ir aparejado con las reglas de conducta; no siendo la prognosis de pena criterio determinante para establecer el monto por reparación civil, ésta queda firme en sus efectos jurídicos.

8. LIBERTAD DEL IMPUTADO

Cuando por efecto de la casación del auto o sentencia recurridos debe cesar la detención del procesado, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenará directamente la libertad. De igual modo procederá, respecto de las otras medidas de coerción (Art. 435°). Habiendo la Sala Penal Suprema actuado como instancia de mérito (sin efectos devolutivos), y en su resolución casatoria haber declarado la absolución del imputado (por insuficiencia probatoria), o de oficio declaró extinguida la

1145 Si se cambia de parecer, y se modifica el criterio que da lugar a la doctrina jurisprudencial, deberá publicarse en el diario oficial.

acción penal (prescripción), deberá en ese mismo acto, ordenar la excarcelación del imputado (prisión provisional), o que cese cualquier otra medida de coerción (detención domiciliaria u otras modalidades de comparecencia), sin necesidad de remitir los actuados al órgano jurisdiccional de origen. Esta facultad, claro está, no exime de garantizar que el imputado no cuente con otras medidas de coerción por efectos de un proceso distinto al sometido en casación.

8. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO

La sentencia casatoria no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la acción de revisión de la sentencia condenatoria prevista en el Código (Art. 436.1). Habiéndose agotado la doble instancia, y quedando firme el caso por efectos de la sentencia casatoria, los sujetos procesales quedan impedidos de interponer recurso alguno, con excepción de la acción de revisión.

Tampoco será susceptible de impugnación la sentencia que se dictare en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria. Sí lo será, en cambio, si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria (Art. 436.2). Este precepto contiene dos hipótesis: 1. Cuando la Sala Penal Suprema resolvió con efectivos devolutivos, habiendo declarado la nulidad, ordenando a la Sala Penal Superior o Juez Penal competente, la realización del acto procesal que deba renovarse. Dándose por cumplida la orden del Tribunal Supremo, al haberse subsanado el error incurrido, ya no procede recurso de casación contra la sentencia que se dicta en el juicio por devolución del caso. De esta forma se fortalece la naturaleza extraordinaria del recurso y su espectro limitado de operatividad procesal; y, 2. Caso contrario sucede, cuando la sentencia que se dicta por ocasión del reenvío, advierte causales ajenas a las cuales fueron objeto de casación por la Sala Penal Suprema, o de ser el caso, que se incurra en defectos en la tramitación del nuevo procedimiento.[1146]

Son entonces, cuestiones nuevas que no fueron aducidas en el recurso de casación, cuya invocación "*ex novo*" *amerita un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo.*

1147 Cuando no han sido citados los sujetos procesales que debieron concurrir a la apertura del Juzgamiento.

TÍTULO VI
RECURSO DE QUEJA

1. GENERALIDADES

Los recursos impugnativos se clasifican en ordinarios y extraordinarios, los primeros tienen una esfera de aplicación amplia, mientras que los segundos sólo son aplicables ante supuestos expresamente previstos en la ley. Sostuvimos entonces, que los recursos impugnativos de Reposición y Apelación se comprenden en el ámbito de los recursos ordinarios, en tanto, su operatividad está regulada para una variedad de supuestos, cuya única limitación son los preceptos generales que son de observancia estricta para todos los recursos.

El recurso de Queja es un mecanismo de impugnación ordinario -con efectos devolutivos-, que se dirige contra la resolución de la instancia jurisdiccional inferior que deniega un recurso impugnativo, cuya peculiaridad es que el órgano decisorio es el Tribunal *o quem*, quien decide finalmente si procede o no la admisión del recurso impugnativo. Para FENECH, este recurso puede tener dos fines; o bien el recurrir contra una resolución que se haya dictado en el proceso y siendo lesiva por una parte[1148] no pueda impugnarla en otra forma por no conceder la Ley para el caso, el recurso de apelación, o para reparar la injuria inferida a la parte que, habiendo intentado la apelación, le sea denegada su admisión por el Tribunal *a quo*, ante quien ha de interponerse.[1149] Nuestra legislación procesal penal ha recogido una fórmula restrictiva, es decir, una modulación taxativa, al limitar la interposición de la Queja de derecho únicamente para el segundo supuesto, señalado por nosotros. Consideramos esta previsión adecuada, en la medida que nuestro derecho positivo no incurre en vacíos legales que pueda colocar en un estado de indefensión a los sujetos procesales, al limitar la utilización de recursos impugnativos.[1150] Debe señalarse en tal sentido, que la eficacia de ciertos actos procesales, y porqué no decirlo, la eficiencia por tanto del sistema de investigación, supone que determinadas resoluciones -dada su naturaleza inherente- no sean susceptibles de ser impugnadas. Siendo esto así, se tutela el normal desarrollo del procedimiento, evitando la tramitación de peticiones intrascendentes, cuyo

1148 Así, en la doctrina nacional, García Rada, Domingo: Manual de Derecho Procesal Penal. Eddili. Lima, 1984.

1149 FENECH, M.: *El Proceso Penal*, cit., p. 364.

1150 Sin embargo, el art. 416.1, en su inciso e), establece que son apelables los "autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable". Bajo esta consideración se prevé una excepción a la taxatividad legal: cuando se produzca un daño irreparable al interés de alguno de los sujetos procesales. Ejemplo: cuando el Ministerio Público ha programado una diligencia de investigación a una fecha ya dada por las exhortatorias (diligencias sumariales).

único objetivo es dilatar el proceso.[1151] Claro está, que en caso de aquéllas, que signifiquen restricción, limitación o afectación de derechos fundamentales deben imperiosamente ser sujetas a una revisión por una instancia superior. En consecuencia, la Queja de derecho en el Código Procesal Penal no asume una función supletoria del recurso de apelación.[1152]

Este recurso puede entenderse como un medio para acceder directamente al órgano, al cual se le solicita revocar la resolución dictada por el organismo jurisdiccional funcionalmente inferior.[1153]

Con todo, se puede decir que el recurso de queja ejerce una función de control jurisdiccional imprescindible en el procedimiento final a efectos de garantizar el derecho a la doble instancia por parte de los justiciables. Se busca reconducir el procedimiento recursal y corregir las decisiones jurisdiccionales originadas por error, negligencia, arbitrariedad o parcialidad,[1154] es una forma *sui generis* de ejercer interdicción ante la arbitrariedad de los Tribunales.

2. PROCEDENCIA Y EFECTOS

Procede recurso de queja de derecho contra la resolución del Juez que declara inadmisible el recurso de apelación (Art. 437.1). La queja de derecho posee una mayor aplicación en el caso del recurso de apelación, en razón de que este último no supone mayores exigencias para su procedencia, a diferencia de lo que acontece en el recurso de casación que es más limitativo en su radio aplicativo. La resolución que desestima el recurso de apelación es expedido por los Jueces Penales Colegiados, por los Jueces Penales Unipersonales o por los Jueces de la Investigación Preparatoria, en el correspondiente ámbito de su competencia jurisdiccional.[1155]

Procede recurso de queja de derecho contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación (Art. 437.2). El recurso de queja se dirige a revisar, aquellas resoluciones que desestiman un recurso de impugnación, en este caso, se interpone concretamente contra la resolución que declara inadmisible el recurso de casación, esto es, cuando la Sala Penal Superior desestima el recurso, basándose en los supuestos previstos en el artículo 405° cuando se invocan causales que no están estipuladas en el artículo 427°. Quiere

1151 Así, cuando se vio el recurso de Reposición, en cuyo tenor del art. 415.3, se determina que el auto que resuelve el recurso es inimpugnable.

1152 En la legislación española, como apuntan A.Calderón/ J.A.Chocían, como quiera que no todos los autos de los órganos unipersonales son susceptibles de Apelación, la Queja ante el Tribunal superior representa un medio de control que la ley pone a disposición de las partes para que éstos puedan acudir al superior jerárquico, poniendo de manifiesto cualquier actuación del órgano unipersonal contrario a derecho ; op. cit., p. 617.

1153 PEÑA CABRERA F., A.: *Teoría General del Proceso*..., cit., p. 431.

1154 SÁNCHEZ VELARDE, P.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 881.

1155 Así, el artículo 417° (in fine).

decir, entonces, por exclusión, que la queja de derecho no procede cuando es la Sala Penal Suprema la que desestima el recurso de casación.[1156]

La interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria (Art. 437.4). La queja de derecho se tramita vía cuaderno incidental, por lo que se deberá sacar copias de lo actuado, para elevarlas inmediatamente al órgano jurisdiccional superior competente. Por lo tanto, la tramitación del recurso de impugnación[1157] no suspende la tramitación del principal, y se concede sin efectos suspensivos, es decir, no incide sobre la eficacia jurídica de la resolución recurrida.

1156 Si bien, la Sala Penal Suprema desestima el recurso, por adolecer aquel de las providencias exigidas para la revisión del fondo del caso"(art. 429°), por falta de legitimidad o por inobservancia de las formalidades (art. 405°), no es menos cierto, que la Sala Penal Suprema también puede incurrir en errores y arbitrariedades, que deberían ser susceptibles de subsanación vía recurso de queja.

1157 Según lo dispuesto en el artículo 438°, el trámite de la queja de derecho, es el siguiente: 1. En el recurso de queja se precisará el motivo de su interposición con invocación de la norma jurídica vulnerada. Se acompañará el escrito que motivó la resolución recurrida y, en su caso, los referentes a su tramitación: la resolución recurrida; el escrito en que se recurre; y, la resolución denegatoria. Al estimarse el recurso de queja como un recurso que pretende corregir una infracción al derecho, debe precisarse necesariamente la norma supuestamente vulnerada. 2. Rige lo dispuesto en los últimos párrafos del artículo 403° del Código Procesal Civil: "Tratándose de distritos judiciales distintos a los de Lima y Callao, puede el peticionante solicitar al Juez que denegó el recurso, dentro del plazo anteriormente señalado (tres días contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución que deniega el recurso), que su escrito de queja y anexos sea remitido por conducto oficial. El Juez remitirá al superior el cuaderno de queja dentro del segundo día hábil, bajo responsabilidad. 3. Interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional competente decidirá, sin trámite alguno, su admisibilidad y, en su caso, su fundabilidad. Para decidir, puede solicitarse al órgano jurisdiccional inferior, copia de alguna actuación procesal. Este requerimiento puede cursarse por fax u otro medio adecuado. Debe tomarse en cuenta que el recurso de queja es un mecanismo -que por su naturaleza- debe ser resuelto de forma inmediata a fin de impedir un daño irreparable a los intereses jurídicos puestos al amparo de la Justicia Penal. 4. Si se declara fundado la queja, se concede el recurso y se ordena al Juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las partes. 5. Si se declara infundada la queja, se comunicará la decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales. Contra cualesquiera de estas resoluciones no procede recurso de impugnación alguno, así el Art. 297° del C. de P.P. modificado por el D. Leg. N° 959.

JORGE ROSAS YATACO

MANUAL DE
DERECHO PROCESAL PENAL
Con aplicación al Nuevo Proceso Penal

DECRETO LEGISLATIVO
Nº 957

JURISTA editores

Primera Edición: Mayo 2009
(Un mil ejemplares)

Manual de Derecho Procesal Penal.
Con aplicación al Nuevo Proceso Penal
© JORGE ROSAS YATACO

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.
Jr. Miguel Aljovín N° 201 Lima - Perú
Teléfono: 427-6688 / 428-1072
Telefax: 426-6303

© Derechos de Autor Reservados conforme a Ley
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2009-04994
ISBN: 978-9972-229-74-9

Composición, diagramación
y Diseño de carátula : Victor Arrascue C.

PRESENTACIÓN

La crisis por la que atraviesa el sistema penal, no es un secreto para nadie, al haberse tornado ineficiente e ineficaz para combatir al delito y a la delincuencia, la cual se torna cada vez mas agresiva y se organiza de manera compleja, utilizando, incluso, los avances de la ciencia y la tecnología; generando una grave inseguridad ciudadana, la cual se acrecienta, debido a la desconfianza que se tiene en los operadores de la justicia, por haber contribuido a ello de distintas maneras.

Cada vez se escucha por doquier, la insatisfacción de quienes, como victimas, agresores o terceros vinculados a un hecho ilícito, esperaron una solución justa y oportuna, sin embargo, se vieron sometidos a largos e interminables procesos, en cuyo curso, la verdad que se buscaba, se fue diluyendo y deformando por obra de muchos, pero especialmente por que el sistema imperante lo permite, de tal modo, que al expedirse la sentencia o resolución final, no se identificaren con la misma, generándose una profunda y generalizada, sensación de impunidad.

Con la finalidad de analizar, debatir y presentar propuestas para la solución del problema, se constituyeron a través de los tiempos diversas comisiones y se sometió al Poder Judicial a varios procesos de reforma, sin resultado alguno. Fue en la Constitución Política de 1979, donde, finalmente, se introdujeron un conjunto de ***normas, que diseñaron una nueva política criminal del estado, y con ello, el gran cambio y transformación que fue*** reafirmado y consolidado en la Constitución Política de 1993. En efecto, además, de garantizarse los derechos de la persona, se diseñó el modelo acusatorio como forma de proceso, cuya esencial principio, es que "No hay juicio, sin acusación". En tal razón, se crea el Ministerio Público como órgano autónomo e independiente del Poder Judicial y todo otro órgano,

LIBRO CUARTO

LA IMPUGNACIÓN

SECCIÓN I
PRECEPTOS GENERALES

404º Facultad de recurrir

1. Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida.

2. El derecho de impugnación corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos.

3. El defensor podrá recurrir directamente en favor de su patrocinado, quien posteriormente si no está conforme podrá desistirse. El desistimiento requiere autorización expresa de abogado defensor.

4. Los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición.

CONCORDANCIAS:
Const: Art. 139 incs. 3-6; CJMP: Art. 449; CPP (2004): Art. 13; LOPJ: Arts. 11.

JURISPRUDENCIA:

1. "La norma procesal no obliga la presencia de la parte agraviada en la audiencia preliminar de control de acusación llevada a cabo por el Ad quo, sin embargo esto no enerva que las resoluciones que se expida en la misma, se ponga a conocimiento de las partes procesales, a efectos de no generar indefensión e igualdad en el ejercicio de sus derechos, al respecto tenemos que en el presente caso no se ha notificado en la citada resolución o acto respectiva, a la parte agraviada por la que se declara el sobreseimiento, y sin embargo aunado a esto, se ha declarado consentida tal resolución de sobreseimiento".
   Expediente: 092-2008 (Origen Exp. N° 2007-25-3- JIP-PE-VIRU) (Primera Sala Penal de Apelaciones de la Libertad), en: Taboada Pilco, Giammpol: op. cit., p. 286.
2. "[...] Uno de los principios que regulan el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, que estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley. Integra el presupuesto procesal objetivo del recurso. En este sentido, cada recurso tiene su propia regulación, pues está diseñado para cada situación específica, en cuya virtud no se admite un recurso cuando corresponde otro, lo que es propio del principio de singularidad.
   El gravamen o agravio integra el presupuesto procesal de carácter subjetivo del recurso. La admisión de un recurso está condicionada a que perjudique el derecho o interés legítimo de la parte procesal concernida o impugnante. Ésta, como consecuencia del principio dispositivo –eje esencial del sistema de recursos en toda clase de procesos jurisdiccionales–, debe demostrar argumentalmente el perjuicio o agravio sufrido por la resolución que impugna y el recurso ha de presentarse como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado, que debe provenir de la parte resolutiva de la resolución judicial". Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Fundamento jurídico 15. Nota: El nombre con el que se publicó este Acuerdo Plenario es notoriamente erróneo, pues le correspondía ser Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 (La Editorial).

405° Formalidades del recurso

1. Para la admisión del recurso se requiere:

a) Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.

b) Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva.

c) Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.

2. Los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la Ley.
3. El Juez que emitió la resolución impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes, luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. El Juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio.

CONCORDANCIAS:
CJMP: Art. 421; CPP (2004): Arts. 11, 12, 401, 428, 430; LOPJ: Art. 126.

406° Desistimiento

1. Quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistirse antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando sus fundamentos.

2. El defensor no podrá desistirse de los recursos interpuestos por él sin mandato expreso de su patrocinado, posterior a la interposición del recurso.

3. El desistimiento no perjudicará a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas.

CONCORDANCIAS:
CPC: Arts. 340, 341 y ss.; CPP (2004): Art. 13.

JURISPRUDENCIA:

1. "No existiendo prueba nueva que permite acreditar la responsabilidad del imputado y que pueda ser actuada en segunda instancia el Ministerio Público se desiste del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria".
   Expediente: 800-06-F1-195 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 212.

407° Ámbito del recurso

1. El imputado y el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente, del objeto penal o del objeto civil de la resolución.

2. El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución.

408º Extensión del recurso

1. Cuando en un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales.

2. La impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil.

3. La impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.

JURISPRUDENCIA:

1. "Los hechos imputados no configuran la concurrencia del elemento subjetivo en la conducta incriminada por el delito de calumnia así como el de difamación, máxime si es que las imputaciones están referidas a hechos de carácter administrativo y por ende carentes de tutela por el órgano jurisdiccional penal.
La sentencia absolutoria en apelación debe hacerse extensiva a todos los imputados que se encuentran en la misma situación, inclusive a los no apelantes"
Expediente: 026-2007. (Exp. 2007-1637-0-1601-JR-PE-1) (Sala de Apelaciones de la Libertad), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 270.

409º Competencia del Tribunal Revisor

1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.

3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio.

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Arts. 425 inc. 3.

JURISPRUDENCIA:

1. "La pena privativa de libertad de veinte años impuesta al condenado no se corresponde con los principios de proporcionalidad y lesividad al bien jurídico protegido. La sustracción de un celular y un reloj no configura un impacto social que amerite la imposición de una pena tan severa, pena que además debe estar de acuerdo a los fines de resocialización del sentenciado".
Expediente: 28-2007 (Sala de Apelaciones de la Libertad), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 266.
2. "La pena privativa de libertad de veinte años impuesta al condenado no se corresponde con los principios de proporcionalidad y lesividad al bien jurídico protegido. La sustracción de un celular y un reloj no configura un impacto social que amerite la imposición de una pena tan severa, pena que además debe estar de acuerdo a los fines de resocialización del sentenciado".
Expediente: 28-2007 (Sala de Apelaciones de la Libertad), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 544.
3. "[...] Distinto es el caso de la potestad de subsanación o integración de omisiones incurridas por el tribunal a quo. En el conocimiento del recurso impugnatorio el tribunal ad quem tiene límites trazados, previsto por [el artículo] 409º. 3 del Código procesal penal. Las omisiones incurridas por el tribunal de instancia no podrán ser subsanadas en sede impugnatoria, si es de incorporar en la pena de inhabilitación impuesta la privación, suspensión o incapacitación de derechos no contemplados en la sentencia recurrida; ello, claro está, cuando se trate exclusivamente de un recurso defensivo interpuesto por el imputado. Es obvio que si el fiscal es la parte recurrente y la pretensión impugnativa comprende ese ámbito, en la medida en que en su acusación comprendió dentro de la pena de inhabilitación requerida una duración determinada y una extensión concreta de derechos afectados, está dentro de las potestades del tribunal revisor integrar el fallo de instancia, con las características y peculiaridades expuestas en los fundamentos jurídicos 11º y 12º".
Acuerdo Plenario Nº 2-2008/CJ-116, Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Fundamento jurídico 14.

410º Impugnación diferida

1. En los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, la impugnación que se presente si es concedida reservará la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia, salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes.

2. En este último caso, la parte afectada podrá interponer recurso de queja, en el modo y forma previsto por la Ley.

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Art. 425 inc. 3.

JURISPRUDENCIA:

1. "Que atento a que el motivo casacional es la inobservancia de una norma procesal, específicamente el precepto que regula la "impugnación diferida" (artículo cuatrocientos diez del NCPP), es de destacar que el efecto diferido implica la postergación del momento de resolución del recurso a una fase ulterior desvinculada del de la interposición.
En lo sustancial, el fundamento del recurso diferido consiste en evitar las continuas interrupciones del procedimiento principal y la elevación de la causa en procura de la celeridad procesal, que es parte de la dinámica del nuevo modelo Procesal Penal, lo que es concordante con la garantía constitucional del debido proceso amparado en el inciso tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política. Por ello es que el trámite del recurso queda reservado por el Juez para que sea resuelto por el Superior jerárquico conjuntamente con la apelación de la sentencia o el auto definitivo que ponga fin a la instancia procesal".
Casación 23-2010-La Libertad, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (21 de oct. de 2010). Fundamento jurídico cuarto.

411° Libertad de los imputados

Los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad. El juzgador está facultado para dictar las medidas que aseguren la presencia del imputado, siendo aplicable en lo pertinente las restricciones contempladas en el artículo 288°.

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Art. 468.

412° Ejecución provisional

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

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

JURISPRUDENCIA:

1. "[...] Si se examina el régimen del NCPP, podrá advertirse, en el caso de la sentencia condenatoria, la inclinación por el primer modelo: la impugnación no tiene efecto suspensivo [...], con la excepción de la imposición de las penas de multa o limitativas de derechos [...]. Ello significa, entonces, que sólo las sentencias que imponen penas de privativas de libertad y restrictivas de libertad que consignan los artículos 29° y 30° del Código Penal -en adelante, CP- se cumplen provisionalmente pese a la interposición de un recurso impugnatorio contra ellas. Por tanto, si el condenado estuviera en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez Penal, interpuesto el recurso, según lo autoriza el artículo 402°.2 NCPP, podrá optar por su inmediata ejecución o por imponer alguna restricción de las previstas en el artículo 288° NCPP. A su turno, el Tribunal de Revisión, en caso se hubiera optado por la inmediata ejecución de la pena impuesta, podrá suspenderla, atendiendo a las circunstancias del caso, según el artículo 418°.2 NCPP. Tal efecto suspensivo concluirá cuando la sentencia queda firme.
En consecuencia, la pena de inhabilitación conforme a las disposiciones pertinentes del NCPP no se ejecuta hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza. Rige plenamente, en este dominio, el denominado sistema suspensivo.
[...] En conclusión, resulta obvio, entonces, que los alcances de la pena de inhabilitación respecto del Acuerdo Plenario número 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, funcionan plenamente en aquellos Distritos Judiciales en los que se dictó la referida pena con arreglo al NCPP, en especial los fundamentos jurídicos 9° y 11°. Esta pena se ejecuta una vez que la sentencia condenatoria que la impuso adquirió firmeza. Por ende, el plazo de ejecución se inicia desde esa fecha, no antes [...]".
Acuerdo Plenario N° 10-2009/CJ-116, Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Fundamentos jurídicos 8 y 9.

SECCIÓN II
LOS RECURSOS

413° Clases

Los recursos contra las resoluciones judiciales son:

1. Recurso de reposición
2. Recurso de apelación
3. Recurso de casación
4. Recurso de queja

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Arts. 9, 416, 417 y ss.

414º Plazos

1. Los plazos para la interposición de los recursos, salvo disposición legal distinta, son:

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

2. El plazo se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Arts. 9, 416, 417 y ss.

JURISPRUDENCIA:

1. "Debe verificarse mediante los cargos de notificación que el recurso de queja se haya interpuesto en el plazo de tres días contados desde el día siguiente a la notificación de la resolución que deniega el recurso de casación.
Si es no obra en el expediente con constancia de notificación debe solicitarse a la Sala Penal de Apelaciones respectiva el informe o constancia respectiva".
Queja Nº 01-2008-La libertad (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 609.
2. "Al haberse interpuesto el recurso de queja reciben el quinto día hábil contado desde la fecha en que se notificó el auto que denegó el recurso de casación, el recurso es extemporáneo pues el plazo respectivo es de tres días, la que en el presente caso debe agregársele un día por el término de la distancia".
Queja Nº 05-2008-Huaura (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 613.
3. "Al haberse interpuesto el recurso de queja por denegatoria del de casación al octavo día, contado desde la fecha en que se notificó el auto impugnado, debe declararse inadmisible el recurso, pues el plazo para su interposición es de tres días, al que se debe agregar un día más por el término de la distancia".
Queja Nº 09-2008-Huaura (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 619.

SECCIÓN III
EL RECURSO DE REPOSICIÓN

415º Ámbito

1. El recurso de reposición procede contra los decretos, a fin de que el Juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda. Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.

2. El trámite que se observará será el siguiente:

a) Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente inadmisible, lo declarará así sin más trámite.
b) Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas. Si el Juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.

3. El auto que resuelve la reposición es inimpugnable.

CONCORDANCIAS:
CJMP: Art. 256; CPP (2004): Arts. 420 inc. 4, 421 inc. 2.

SECCIÓN IV
EL RECURSO DE APELACIÓN

TÍTULO I
PRECEPTOS GENERALES

416º Resoluciones apelables y exigencia formal

1. El recurso de apelación procederá contra:

a) Las sentencias;
b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia;
c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;
d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva;
e) Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

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

CONCORDANCIAS:
CPC: Arts. 364, 365 y ss; **CPP (2004):** Arts. 9, 27, 28 inc. 5-b, 37, 46 inc. 2, 49, 103, 154 inc. 3, 204, 251, 267, 274 inc. 3, 278, 279, 280, 284, 296 inc. 4, 311 inc. 4, 315 inc. 2, 319 incs. 2-3, 347 inc. 3, 401, 414, 417, 420, 421, 428, 450°inc. 2, 454 inc. 4, 457 inc. 4, 466, 477 inc. 4, 478, 480, 486, 491 inc. 6, 493 inc. 3, 521 inc. 5, 537 inc. 3, 557 inc. 7; **Ley 27939:** Art. 4.

JURISPRUDENCIA:

1. "Se confirma la condena atendiendo a que en el juicio de segunda instancia no se ha ofrecido ningun medio probatorio nuevo que sustente la apelación del condenado cuya pretensión impugnatoria se suscribe a cuestionar la valorización probatoria efectuada por el Juez de primera instancia".
   Expediente: 930-06-F1 40 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 227.
2. "Al no haberse ofrecido pruebas nuevas en la audiencia de apelación puede absolverse al condenado en primera instancia bajo la consideración de que configuran los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito de calumnia".
   Expediente: 040-2007- (Exp. 2007-02757-0-1601-JR-PE-1) (Sala de Apelaciones de la Libertad), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 274.
3. "Si de los medio probatorios actuados en el juicio de primera instancias así como del contradictorio surgido en el procedimiento de apelación emerge un estado de duda razonable, no es posible formar una plena convicción acerca de la responsabilidad del condenado.
   Si es que en el juicio de apelación no se ofrecieron un se actuaron pruebas nuevas y sólo se oraluzaron pruebas documentales así como declaraciones sumariales que no pueden constituir en segunda instancia prueba suficiente para confirmar una sentencia condenatoria, debe absolverse al condenado".
   Expediente: 67-2007 (Sala de Apelaciones de la Libertad), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 281.
4. "La declaración del agraviado no puede servir de fundamento para establecer la responsabilidad penal de una persona, más aun si es que se han obtenido versiones contradictorias de dicha sindicación, razón por la que se produce un supuesto de insuficiencia probatoria, más aun si es que en el juicio de apelación no se han ofrecido pruebas nuevas".
   Expediente: 30-2008 (Sala de Apelaciones de la Libertad), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 394.

417° Competencia

1. Contra las decisiones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado, conoce el recurso la Sala Penal Superior.

2. Contra las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, conoce del recurso el Juzgado Penal unipersonal.

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Arts. 9, 416, 417 y ss.

418° Efectos

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.

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Arts. 9, 416, 417 y ss.

JURISPRUDENCIA:

1. "La apelación de la resolución de revocatoria de la comparecencia con restricciones por la prisión preventiva y de la revocatoria de la pena suspendida en sentencia condenatoria por efectiva, no tiene efecto suspensivo, quedando facultado el juez a expedir las ordenes de ubicación y captura del imputado o sentenciado, sin necesidad que su resolución quede consentida o ejecutoriada".
   Acuerdo Plenario N° 02-2006, en: Talavera Price, Guimmpol: op. cit., p. 507.
2. "No se advierte vulneración alguna al Debido Proceso Jurisdiccional como sostiene, pues la decisión del Tribunal Superior de conocer en grado de Apelación la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria en cuanto resolvió no Aprobar el acuerdo provisional de Terminación Anticipada no cierra la posibilidad de que en la Etapa de Juicio Oral proceda acogerse a la figura de conclusión Anticipada. Además prevé artículo sesenta del nuevo Código Procesal Penal : cuando no se llega a un acuerdo o éste no sea probado, la decisión formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra, esto es, se da la Continuidad del proceso ni su conclusión y archivo".
   Casacion N° 06-2006 La Libertad (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema), en: Talavera Price, Guimmpol: op. cit., p. 509.

419º Facultades de la Sala Penal Superior

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

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

3. Bastan dos votos conformes para absolver el grado.

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Arts. 9, 409, 416, 417 y ss.

JURISPRUDENCIA:

1. "No se ha acreditado objetivamente que la acción del sentenciado haya estado dirigida a matar a la víctima, mucho menos se encuentra acreditado la agravante de la ferocidad alegada por el representante del ministerio público y afirmada por el Juzgado colegiado, dado que, previamente a la realización de los disparos se originó un pugilato entre agresor y víctima, donde ambos se agredieron con los tacos de jugar billar, a consecuencia de una mala jugada, conforme se aprecia de las testimoniales oralizadas en la presente audiencia, lo que habría originado la acción de disparar con el arma de juego... procediendo a realizar la correcta calificación jurídica, se tiene que la acción del sentenciado no ha estado dirigida a causar la muerte de la víctima, sino, solamente a causar lesiones conforme a lo establecido en el considerado nueve, aun cuando la muerte haya sido a consecuencia de la herida mortal causada por arma de juego, por lo que, si bien, la muerte de la víctima no puede ser imputada al sentenciado a título de dolo, le es imputable en virtud al artículo 12 1º como LESIONES GRAVES SEGUIDAS DE MUERTE, toda vez que el resultado muerte pudo ser previsto por el sentenciado dada la naturaleza de arma de juego y el peligro que su uso conlleva, previsión que efectivamente ocurrió, según la propia declaración del sentenciado en la presente audiencia".
Expediente: 035-2007 (Origen: Exp. Nº 2007-2469-0-1601-JR-PE-1) (Primera Sala Penal de Apelaciones de la Libertad), en: Taboada Pilco, Giammpol: op. cit., p. 536.

TÍTULO II
LA APELACIÓN DE AUTOS

420º Trámite

1. Recibidos los autos, salvo los casos expresamente previstos en este Código, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días.

2. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, y se señalará día y hora para la audiencia de apelación.

3. Antes de la notificación de dicho decreto, el Ministerio Público y los demás sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, de lo que se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales por el plazo de tres días. Excepcionalmente la Sala podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.

4. El auto en el que la Sala declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415º.

5. A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia, que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra.

6. En cualquier momento de la audiencia, la Sala podrá formular preguntas al Fiscal o a los abogados de los demás sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida.

7. Salvo los casos expresamente previstos en este Código, la Sala absolverá el grado en el plazo de veinte días.

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Arts. 9, 103, 415, 416, 417 y ss.

JURISPRUDENCIAS:

1. "Para llevarse a cabo una audiencia de apelación de acuerdo con los principios de oralidad y contradicción, tiene que existir al menos dos sujetos procesales, mas si se trata de la parte que interpuso el recurso de apelación, así se desprende de lo preceptuado en el Artículo 420º.3 del CPP cuando establece que "[...] se oirá al abogado del recurrente" [...]" expresión que hace obligatoria su participación, la que es coincidente con los preceptos contenidos en el artículo 423º.3 y el artículo 431º.2 del CPP, que establecen la regla que si la parte que interpuso el recurso no asiste injustificadamente a la audiencia perspectiva, el recurso que interpuso será declarado inadmisible... En el presente caso, al tratarse de una audiencia de apelación de prisión preventiva y al no haberse hecho presente la parte que interpuso el recurso, en aplicación de una interpretación sistemática y teleológica, dicha incurrencia genera que la audiencia se frustre y el recurso de apelación sea declarado inadmisible"

Expediente: 097-2007 (Origen: Exp. Nº 2007-2713-25-1601-JR-PE-1) (Primera Sala de Apelaciones de la Libertad), en: Taboada Pilco, Giammpol: op. cit., p. 511.

2. "Al tratarse de una audiencia de apelación y al no haberse hecho presente la parte que interpuso el recurso, en aplicación de una interpretación sistemática y teológica, dicha incurrencia genera que la audiencia se frustre y el recurso de apelación sea declarado inadmisible. Y muy por el contrario, ha solicitado informe oral y a presentado informe por escrito, practica que se establecía con la legislación anterior, y como lo prescribe el Nuevo Código Procesal Penal".

Expediente: 059-2007 (Origen: Exp. Nº 2007-4492-0-1601-JR-PE-1) (Primera Sala Penal de Apelaciones de la Libertad), en: Taboada Pilco, Giammpol: op. cit., p. 515.

TÍTULO III
LA APELACIÓN DE SENTENCIAS

421º Trámite inicial

1. Recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días.

2. Cumplida la absolución de agravios o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días. El auto que declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415º.

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Arts. 9, 415, 416 y ss.

JURISPRUDENCIA:

1. "Si bien el actor civil, que interpuso el recurso de apelación, ofreció en el procedimiento de apelación la actuación de algunos testimonios, sin embargo, lo hizo de manera deficiente, por lo que fueron declarados inadmisibles, al no haber ninguna prueba de cargo producida en el juicio de apelación que permita al colegiado condenar al acusado, debe confirmarse la sentencia absolutoria de primera instancia".
Expediente: 2006-0100-14-1908-JR-PE-1 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 243.
2. "La declaración de la menor agraviada recibida en el juicio no ha sido detallada y pormenorizada, existiendo además la declaración de otro testigo. Al tratarse de pruebas personales actuadas en primera instancia la Sala de Apelaciones se encuentra impedida de otorgarle actuar pruebas alguna ofrecida por la defensa del impugnante.

El inculpado no sustentó su pretensión absolutoria en prueba distinta de la actuada en el plenario de primera instancia, pese a que podría hacerlo".
Expediente: 2006-00653-0-1308-JR-PE-1 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 260.

422º Pruebas en Segunda Instancia

1. El escrito de ofrecimiento de pruebas deberá indicar específicamente, bajo sanción de inadmisibilidad, el aporte que espera de la prueba ofrecida.

2. 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.

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

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

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

CONCORDANCIAS:
CPC: Art. 374; CPP (2004): Art. 155 inc. 2.

JURISPRUDENCIA:

1. Pese haberse corrido traslado a la defensa del imputado para que ofrezca pruebas en segunda instancia no lo hizo, por lo que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, pues la Sala de Apelaciones se encuentra impedida de otorgarle actuar pruebas alguna ofrecida por la defensa del impugnante que actuó en primera instancia.

Expediente: 667-2006-F1 142 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 189.

2. "Si bien los testigos ya han declarado en el juicio de primera instancia, atendiendo la insistencia del defensor respecto a su presencia en el juicio de apelación y, por razones de inmediación debe admitirse en apelación la actuación de la referida prueba testimonial".
Expediente: 2006-01178-0-1308-JR-PE-2 (Sala Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 223.

3. "La introducción al juicio oral de declaraciones testimoniales rendidas en el sumario debe ocurrir sólo cuando dichos órganos de prueba no puedan asistir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia de lugar de su residencia, se desconozca su paradero o por causas independientes a la voluntad de los órganos de prueba.
La sala de apelaciones no puede valorar dichas actas pues contravienen el principio de inmediación que exige que la actividad probatoria transcurra ante la presencia del juez de juzgamiento en un espacio de contradicción y oralidad".
Expediente: 2006-797 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 229.

4. "El acta de lanzamiento así como el acta de constatación fiscal realizada catorce días después de los hechos imputados no constituyen prueba suficiente para sustentar una condena por delito de usurpación agravada, más aún cuando no se ha realizado actividad probatoria complementaria o nueva en el juicio de segunda instancia".
Expediente: 2006-00197-01308-SP-PE-1 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 250.

5. "No se ha presentado nuevas pruebas en segunda instancia debe confirmarse el fallo apelado pues en apelación no se puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por parte del A quo salvo que su valor sea cuestionado por otro medio de prueba actuado en segunda instancia, hecho que no ha ocurrido pues sólo solo se ha realizado en el juicio de apelación la declaración del imputado".
Expediente: 2006-01123-0-1308-JR-PE-1 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 324.

6. "La carga de la prueba corresponde al Ministerio Público y al no haberse actuado medios probatorios nuevos en segunda instancia que desvirtuan la presunción de inocencia debe revocarse la condena, pues, la misma se sustenta en apreciaciones de carácter subjetivo realizadas por el Juez Penal Unipersonal".
Expediente: 032-2008 (Exp. 2007-3244-25-1601-JR-PE-1) (Sala de Apelaciones de la Libertad), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 477.

7. "Se admite el recurso de casación por haber sustentado la afectación de los principios de inmediación, contradicción e igualdad de armas, los mismos que integran la garantía genérica del debido proceso penal.
El hecho invocado como afectación a la garantía del debido proceso radica en que en segunda instancia se admitió la declaración de la agraviada, por la valoración probatoria no comprendido la actuación de una prueba personal pertinente".
Casación Nº 09-2007-Huaura (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 516.

8. "Si bien los testigos ya han declarado en el juicio de primera instancia, atendiendo la instancia del defensor respecto a su presencia en el inicio de apelación y, por razones de inmediación debe admitirse en apelación la actuación de la referida prueba testimonial".
Expediente: 2006-01178-0-1308-JR-PE-2 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Tejada Pilco, Giammpol: op. cit., p. 559.

9. "El derecho a la prueba pertinente está ligado al derecho de defensa. No se puede ejercer tal derecho si no se permite a las partes llevar al proceso los medios que puedan justificar los hechos que han alegado; siempre que a) la prueba haya sido solicitada en la forma y momento procesalmente establecido, b) sea pertinente, es decir, debe argumentarse de forma convincente y adecuada al que persigue y, c) que la prueba sea relevante... el Colegiado de segunda instancia al rechazar la prueba ofrecida por la actora civil, en cuanto al examen de la agraviada K.N.A.R., vulneró no sólo el derecho a la prueba de la parte afectada sino principalmente el principio de inmediación, pues fundamentó la sentencia con información que no fue susceptible de ser contraexaminada y que sometida a la contradictoriedad quizás habría revelado matices o detalles importantes, por tanto, la oralización o lectura de la declaración de la agraviada K.N.A.R. no ofrecía garantías mínimas de calidad que sirvan para sostener juicio de racionalidad, y es que solo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorar y determinar la fiabilidad y verosimilitud de su testimonio".
Casación Nº 09-2007-Huaura (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema).

423º Emplazamiento para la audiencia de apelación

1. Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación.

2. Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal.

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

4. Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces.

5. Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación; y,

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

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Art. 79.

JURISPRUDENCIA:

1. "Debe aplicarse extensivamente la norma prevista para apelación de sentencia y, en consecuencia, la inconcurrencia del apelante en una inadmisibilidad del recurso y la nulidad del concesorio".
   Expediente: 863-06F1 169 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 205.
2. "Al no haberse presentado la defensa del actor civil a la audiencia de apelación debe declararse la inadmisibilidad del recurso y la nulidad del concesorio, pues en el nuevo modelo procesal rige en apelación de sentencias los principios de contradicción, publicidad y oralidad, por lo que ya no es posible como en el antiguo modelo que se resuelva con la sola revisión de las piezas procesales que existe en la carpeta judicial".
   Expediente: 2006-01687-86-1308-JR-PE-1 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 208.

424º Audiencia de apelación

1. En la audiencia de apelación se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia.

2. Al iniciar el debate se hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes. Acto seguido, se dará la oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como para que ratifiquen los motivos de la apelación.

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

4. Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383º, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.

5. Al culminar la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden empezando por las recurrentes, de conformidad en lo pertinente con el numeral 1) del artículo 386º. El imputado tendrá derecho a la última palabra. Rige lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 386º.

CONCORDANCIAS:
CPP (2004): Arts. 13, 383, 386 incs. 1-5, 431 inc. 3.

JURISPRUDENCIA:

1. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal y que tiene el debe de la carga de la prueba. Al ser parte impugnante tiene la potestad de desistirse total o parcialmente del recurso interpuesto contra la absolución emitida a favor del imputado. Razón por la cual debe tenerse por desistida dicha apelación.
   Expediente: 2006-01489-14-1308-JR-PE-1 (Sala Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 210.

425º Sentencia de Segunda Instancia

1. Rige para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia lo dispuesto, en lo pertinente, en el artículo 393º. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de diez días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos.

2. 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.

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

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

4. La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública. Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia.

5. Contra la sentencia de segunda instancia sólo procede el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para su admisión.

6. Leída y notificada la sentencia de segunda instancia, luego de vencerse el plazo para intentar recurrirla, el expediente será remitido al Juez que corresponde ejecutarla conforme a lo dispuesto en este Código.

✍ **CONCORDANCIAS:**
CPP (2004): Arts. 393, 409, 426, 431 inc. 4, 443 inc. 5

JURISPRUDENCIA:

1. "El colegiado considera que el bien jurídico afectado (vida, el cuerpo y salud) es uno los de mayor valía por ende debe ser resarcido en la misma magnitud, no obstante que el recurso y el procedimiento de apelación se ha activado sólo a instancia del condenado".
Expediente: 217-06F1-254 (Sala Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: Op. cit., p. 218.
2. "Debe confirmarse la sentencia condenatoria de primera instancia, pues en segunda instancia sólo se realizó la declaración del imputado y, al no haberse actuado en segunda instancia ninguna prueba nueva, el órgano de apelación no puede dar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia".
Expediente: 2006-0553-F1J34 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 233.
3. "En el juicio de apelación condenado no ha actuado suficiente prueba que le sirva para revertir de manera idónea la consistencia de la acusación, razón por la que debe confirmarse la condena impuesta en primera instancia".
Expediente: 2006-01321-F1J-74-2006 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 239.
4. "Si bien el actor civil, que interpuso el recurso de apelación, ofreció en el procedimiento de apelación la actuación de algunos testimonios, sin embargo, lo hizo de manera deficiente, por lo que fueron declarados inadmisibles. Al no existir ninguna prueba de cargo producirla en el juicio de apelación que permite el colegiado condenar al acusado, debe confirmarse la sentencia absolutoria de primera instancia".
Expediente: 2006-01001-14-1808-JR-PE-1 (Sala de Apelaciones de Huaura), en: Espinoza Goyena, Julio: op. cit., p. 518.

426° Nulidad del juicio

1. En los casos del literal a) del numeral 3) del artículo anterior, no podrán intervenir los jueces que conocieron del juicio anulado.

2. Si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en éste no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.

✍ **CONCORDANCIAS:**
CPP (2004): Art. 425 inc. 3 a

SECCIÓN V
EL RECURSO DE CASACIÓN

427° Procedencia

1. El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

2. La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:

a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.
b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.
c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.

3. Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.

4. Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

CONCORDANCIAS:
CPC: Arts. 384, 385 y ss; CPP (2004): Art. 430 inc. 3; D.S. 016-2005-JUS: Arts. 1 y ss.

Comentario:

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL RECURSO[549]

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario[550] de efecto no suspensivo, de carácter devolutivo y siempre extensivo en lo favorable, atribuido exclusivamente al órgano supremo de la jurisdicción: la Corte Suprema.

Su naturaleza extraordinaria[551] radica en el carácter tasado de los motivos o causas de interposición y la limitación del conocimiento del Tribunal. Es decir, sólo se interpone contra resoluciones expresamente establecidas en la ley y por motivos expresamente descritos en ella. Asimismo, su naturaleza extraordinaria supone la existencia de otros medios impugnatorios ordinarios (apelación), cumpliendo de esa manera con el mandato establecido en el art. 14° inciso 5[552] del Pacto de New York[553].

[549] Neyra Flores, José Antonio, *El Recurso de Casación Penal. A propósito de la Sentencia de Casación N° 01-2007*.

[550] En sentido contrario, se pronuncia Rocxin, quien menciona que "los medios impugnatorios son clasificados en ordinarios y extraordinarios. A los ordinarios pertenecen la queja, la apelación, la casación y la posición al mandato penal. Medios impugnatorios extraordinarios son aquellos que suprimen la cosa juzgada, como la revisión del procedimiento. Cfr. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, cit., p. 427.

[551] Es el único recurso extraordinario previsto en el Código Procesal Penal del 2004.

[552] "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".

[553] Maier, en sentido contrario, menciona que "[...] el recurso de casación [...] establece en principio la necesidad básica del acceso del condenado contra la condena, siempre que sean formalizados o el caso contra otras personas que hubo en primera instancia, aplicadas o 'desnaturalizadas' a alguna de sus etapas [...]". Este 'desnaturalización' [...] sobre todo [...] [ilegible] [...] [ilegible] [...] [ilegible]

tivo[686] y por último, se dice que la casación cumple una función de tutela del interés de las partes, como medio de impugnación de aquellas resoluciones que estimen perjudiciales; con la finalidad que sean anuladas[687], aunado a ello de destacar una función parcialria[688] y de cumplimiento de las garantías constitucionales en el procedimiento y enjuiciamiento penal bajo la vigencia del ius constitutione[689].

Concluimos señalando que la casación tiene una finalidad de uniformidad de la jurisprudencia, proporcionado seguridad jurídica y manteniendo vigente el principio de igualdad en la aplicación de la ley, así como una función nomofiláctica, en cuanto constituye una garantía de la legalidad; sin embargo, la primera es la función primordial de la casación, pues para que se cumpla la segunda no es necesario la preexistencia de un Tribunal de Casación[690], es decir, otros recursos ordinarios pueden salvaguardar el

---

[686] En ese sentido, se pronuncia VICENTE SILGUENTES cuando señala que esta (unidad del Derecho Penal a nivel interpretativo) "[...] constituye por tanto, la función prioritaria de la casación en la actualidad y la que de su implantación ha dotado a la misma de una trascendencia de la que carecen el resto de recursos [...] aun cuando en materia penal dicha función se realice dentro de un marco jurídico más estricto [...]". VICENTE SILGUENTES, Javier, *La casación penal. El modelo español*, Iecpsa, Madrid, 2003, p. 128.

[687] En este sentido, en nuestra doctrina nacional se pronuncia SÁNCHEZ VELARDE cuando sostiene que la casación cumple una "[...] doble función: [...] la de tutela del interés de las partes, como medio de impugnación de aquellas resoluciones que estimen perjudiciales [...]". Cabe precisar que el mencionado autor incluye, dentro de la función nomofiláctica, las dos funciones a las que hacemos referencia en el presente estudio y le asigna una función más, que es creación o control del derecho al doble examen, la que consideramos, no pertenece estrictamente a la casación, sino a todo el sistema de medios impugnatorios, que se pronuncia sobre el juicio de hecho ya que se configuraría en un ordenamiento jurídico en el cual la casación sería el único medio impugnatorio con el que cuentan las partes para lograr la revisión de la resolución que les perjudica, como sería el caso del ordenamiento jurídico español. Sin embargo, en nuestro sistema procesal no es posible asignarle esa exclusiva finalidad a la casación, pues estamos ante medios impugnatorios de naturaleza ordinaria. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 695.

[688] Al respecto, CUBAS DOMÍNGUEZ señala que se destaca la función parcialria del recurso de casación, como una impugnación al servicio de las partes procesales y, en consecuencia, como remedio eficaz para la protección de los derechos e intereses de las partes, así en: CUBAS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Tercera instancia penal*, Cedys, Madrid, 1997, p. 868.

[689] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal*, Vol. VII, Bosch, Barcelona, 2000, Passim.

[690] En igual sentido, se pronuncia DANIEL DÍAZ cuando señala que se debe "garantizar una segunda instancia penal que se encargue de tutelar el interés de las partes, como medio de impugnación de aquellas resoluciones que estimen perjudiciales, haciendo efectivo su derecho al recurso; y 2. Configurar una casación, en lo sustancial, como una salvaguarda de la unidad del ordenamiento jurídico [...]". Véase DÍAZ, Yolanda,

respecto al principio de legalidad, no siendo indispensable que se le asigne esa competencia exclusivamente a este tribunal.

Atendiendo, a las causales que la determinan, la casación puede ser constitucional, sustantiva, procesal y jurisprudencial. La primera se sustenta en que la vulneración de preceptos constitucionales; la segunda versa sobre los vicios *in iudicando*, estrictamente sobre la inaplicación de la ley o aplicación indebida, es decir, un error *in iuris*; la tercera casación procesal o formal, se refiere a los vicios de actividad, el error *in procedendo* en el cumplimiento de la norma, ya sea por vicios en la tramitación, estructurales, del procedimiento o por defecto del fallo; y la última es admitida cuando el órgano superior se aparta de los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema.

Las resoluciones que son recurribles son las sentencias o autos definitivos que se pronuncian sobre el objeto procesal. Se interpone ante la Corte Superior, la cual al declarar la admisibilidad lo elevará a la Corte Suprema para su calificación. El análisis de admisibilidad del Supremo Tribunal se refiere a la verificación de si el recurso ha sido bien concedido y si se ha señalado explícitamente la pretensión impugnativa, para pasar a conocer el fondo del asunto.

Lo novedoso del recurso se refleja en la facultad de declarar la procedencia del recurso de casación pese a que no se presenten los supuestos establecidos para tal efecto y en la facultad conferida excepcionalmente a la Corte Suprema cuando discrecionalmente considere que es necesario para el desarrollo jurisprudencial.

En ese orden de ideas, el correcto y necesario desarrollo de esta institución sólo será posible a través de una calificada, intensa y permanente capacitación de todos los operadores judiciales, así como también, a través de la difusión de la jurisprudencia casatoria de las salas penales de la Corte Suprema, para un permanente análisis de sus criterios de interpretación y de aplicación de las leyes.

2. RECURSO DE CASACIÓN: CONCEPTO

El Código Procesal Penal ha previsto un recurso de casación como medio de impugnación extraordinario y, por lo tanto, sometido a restricciones para su concesión, pero esencialmente se ha configurado como una

---

"El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación", en: *Acuerdo de Derecho Penal 2004. La Reforma del Proceso Penal Peruano*, PL C.I. Lima, 2005, p. 196.

casación en interes de la ley (control de legalidad o función nomofiláctica) y, en menor medida, en interés casacional (cuando el fallo recurrido se aparta de la doctrina jurisprudencial). Esto último opera además cuando la Suprema Corte advierte que existe jurisprudencia de los tribunales de apelación que no tienen un criterio de interpretación uniforme sobre la ley penal o procesal penal, es decir, que fallan sobre un mismo tipo de caso de distinta manera, por lo que a fin de superar la desigualdad de trato, el Supremo Tribunal debe ejercer su función de uniformar la jurisprudencia[96].

Tres son los aspectos que son de resaltar como novedosos y que apuntan a una correcta aplicación del recurso de casación y a evitar que la Sala Penal de la Corte Suprema se abrume con un alto volumen de recursos de esa clase y, por el contrario, pueda dedicarse a elaborar doctrina jurisprudencial.

El primero se refiere a la facultad discrecional que se le otorga a la Corte Suprema para acoger recursos de casación en casos en los que normalmente no procede dicho medio de impugnación, con la finalidad de desarrollar su jurisprudencia.

El segundo, a que el recurso de casación es inadmisible, si se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida. Se trata de una suerte de *certiorari* atenuado.

El tercero se introduce como causal para recurrir en casación, si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional. Es lo que en la doctrina se conoce como recurso de casación en interés casacional.

El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:

- Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.

- Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.
- Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.
- Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.
- Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

La Sala Penal de la Corte Suprema declarará la *inadmisibilidad* del recurso de casación cuando:

- No se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos 405° y 429°;
- Se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el Código;
- Se refiere a resoluciones no impugnables en casación; y,
- El recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; o, si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.

También declarará la *inadmisibilidad* del recurso cuando:

- Carezca manifiestamente de fundamento;
- Se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida.
- En estos casos, la *inadmisibilidad* del recurso podrá afectar a todos los motivos aducidos o referirse solamente a alguno de ellos.

Son causales para interponer recurso de casación:

- Si la sentencia o auto ha sido expedido con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material; o con una indebida o errónea aplicación de las mismas.

Constante Carlos AVALOS RODRÍGUEZ
Mery Elizabeth ROBLES BRICEÑO

Jurisprudencia reciente del nuevo Código Procesal Penal

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
(01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA PENAL
& procesal penal

JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

PRIMERA EDICIÓN
ENERO 2012
5.000 ejemplares

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

© Constante Carlos Avalos Rodríguez
© Mery Elizabeth Robles Briceño
© Gaceta Jurídica S.A.

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2012-00772

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 978-612-4113-31-8

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
11501221200058

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero
DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Erika L. Cuadros Grados

GACETA JURÍDICA S.A.
ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

PRESENTACIÓN

Este trabajo contiene una selección de las más importantes resoluciones que han dictado en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República y los órganos jurisdiccionales de los distritos judiciales donde se viene aplicando el Código Procesal Penal de 2004, teniendo por factor común principal su utilidad para la solución de los problemas más frecuentes que se presentan en la aplicación de las normas que se encuentran llamadas a regular el nuevo proceso penal de nuestro país.

A diferencia de la situación existente cuando publicamos nuestra *Jurisprudencia del nuevo Código Procesal Penal* por este mismo sello editorial[1], y no obstante el poco tiempo transcurrido, se ha podido constatar la emisión de numerosas resoluciones por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional con implicancias en el CPP 2004, lo que ha posibilitado que gran parte del contenido del presente trabajo esté constituida por resoluciones de dichos órganos, con lo positivo para la ordenación y previsibilidad de las decisiones judiciales que ello conlleva.

Del mismo modo que en nuestro trabajo anterior, hemos escogido las resoluciones judiciales que, entendemos, mejor reflejan el espíritu y las normas del CPP 2004, excluyendo ex profeso aquellas que so pretexto de la asunción de "buenas prácticas" implican la toma de posiciones manifiestamente contrarias a las que –hallándose dentro del ámbito de lo constitucionalmente admisible y siendo conformes con las exigencias de su Título Preliminar– han sido asumidas por el indicado texto procesal.

No obstante el buen trabajo –aunque siempre perfectible– que en términos generales se viene realizando, sobre todo por parte de la Corte Suprema, en la interpretación de las normas del CPP 2004, aún se puede advertir un recurso excesivo, sobre todo por parte de los órganos de menor jerarquía, a la idea de "lo acusatorio" (como principio o como sistema) para justificar la aplicación del código en contra de lo que el propio código ha establecido expresamente como regulación de los diversos estadios, instituciones y actuaciones del procedimiento (la renuencia a la aplicación del artículo 339 numeral 1 en sus estrictos términos, a pesar de la existencia, incluso, del Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116, que establece que la formalización de la investigación preparatoria suspende el plazo de prescripción; o el empecinamiento de que sean las partes procesales las que deban llevar a sus testigos y peritos a juicio sin ninguna responsabilidad en ello por parte del Poder Judicial, a pesar de que el código solo le encarga a aquellas un rol coadyuvante: son solo algunas muestras de este proceder).

Por lo que resulta necesario citar –como siempre que se requiere un referente– al maestro San Martín Castro cuando señala que se debe "llamar profundamente la atención a todos aquellos que 'leen' el código desde otros modelos normativos y que no toman en cuenta el propio texto legal"[2].

(1) AVALOS RODRIGUEZ, Constante / ROBLES BRICEÑO, Mery. *Jurisprudencia del nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Gaceta Jurídica, 2010, p. 742.

(2) SAN MARTIN CASTRO, Cesar. "Presentación". En: NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima, Idemsa, 2010, p. 23.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la sustitución de la pena.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo concerniente a la adecuación de la pena.

Publíquese y notifíquese.

SS. VERGARA GOTELLI / MESÍA RAMÍREZ / BEAUMONT CALLIRGOS / CALLE HAYEN / ETO CRUZ / ÁLVAREZ MIRANDA

IMPUGNACIÓN

128 CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA QUE ESTABLECE LA POSIBILIDAD DE CONDENA POR EL TRIBUNAL DE GRADO A QUIEN HA SIDO ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA

El nuevo Código Procesal Penal a través del dispositivo legal cuya inconstitucionalidad es materia de consulta, establece la posibilidad de sancionar a aquel que fuera absuelto en primera instancia, modificando de esta manera las facultades concedidas al juez de apelación en el Código de Procedimientos Penales, toda vez que mientras que en su artículo 425, inciso 3, literal b), señala que la sentencia de segunda instancia puede "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***"; el Código de Procedimientos Penales señala en su artículo 301 que el órgano jurisdiccional que conoce un recurso de apelación en segunda instancia, en caso de sentencia absolutoria, "solo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral".*

El nuevo tratamiento de reforma de la sentencia absolutoria de primera instancia por una de carácter condenatoria, ha dado lugar a lo que se denomina, el régimen jurídico de la condena del absuelto, el que no afecta la denominada garantía de la "doble instancia" reconocida en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en la medida que, en estricto, lo que se reconoce en dicha norma constitucional es la garantía de la instancia plural, la que se satisface estableciendo, como mínimo, la posibilidad en condiciones de igualdad de "dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero", tanto más si como ha sucedido en el presente caso, ante la emisión de la sentencia absolutoria de primera instancia, el Fiscal Adjunto encargado del Tercer Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Penal Corporativa de Arequipa ha interpuesto recurso de apelación, circunstancia que al habilitar un pronunciamiento condenatorio, no permite arribar a una conclusión que implique una reformatio in peius para el procesado Jorge Ccanahuire Adcco.

El principio constitucional de la instancia plural trata en definitiva de que la organización del proceso admita la posibilidad de que el objeto o pretensión pueda ser discutida ampliamente en dos instancias, a instancia tanto de la parte acusada como acusadora. Por ende, el acusado –pero también la acusación respecto de su pretensión– tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva, defendiéndose de la acusación durante la primera instancia y luego, ante la apelación presentada por el Fiscal, también podrá hacerlo en segunda instancia, a través de sus alegatos respectivos.

La referida garantía es reconocida también en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el ad quem solo pueda absolver al condenado cuando este cuestione la condena, pero no pueda condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso, tal absolución. Así, si tenemos en cuenta la exigencia del principio de igualdad, no existe justificación razonable que permita, de un lado, avalar la posibilidad de una decisión del ad quem que revoque y sustituya la condena pero, de otro lado, impedir que ejerza las mismas facultades respecto de la absolución.

El inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como el literal h) del inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exigen que, en la organización del proceso penal, la parte acusada tenga la posibilidad de discutir la pretensión jurídica penal en su contra ante un órgano jurisdiccional superior y por ende distinto. Sin duda, la institución de la condena del absuelto prevista en la configuración jurídica del recurso de apelación en el nuevo Código Procesal Penal prevé la posibilidad de hacer uso de este recurso por la parte acusada, consecuentemente, puede recurrir y discutir la pretensión sancionadora de la parte acusadora ante un órgano jurisdiccional superior y distinto.

En este contexto, el acusado tendrá toda la posibilidad de discutir la pretensión punitiva en dos oportunidades, esto es, tanto ante el juez de primera instancia como ante el de apelación, incluso en el caso de la apelación de una sentencia absolutoria por parte de la parte acusadora. De esta manera, podrá ejercer su derecho de defensa frente a la acusación que se le haga durante la primera instancia y, lo que es lo más importante, podrá también hacerlo en el juicio sobrevenido por el recurso actuado por el Fiscal, en virtud del cual se realizará el juzgamiento en segunda instancia.

En consecuencia, de acuerdo a lo expuesto, no se trata entonces de un tema de reformatio in peius ni específicamente de una afectación a la pluralidad de instancia, habida cuenta que el doble grado de jurisdicción se cumple cuando por intermedio de la impugnación se somete a un órgano superior la revisión plena del juicio llevado a cabo por el a quo, entendiéndose el término juicio como aquel ámbito de razonamiento jurídico sobre admisibilidad, procedencia, fundabilidad, subsunción y de garantías efectuadas por el juzgador en su sentencia.

Por lo expuesto, al no advertirse del análisis del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal colisión alguna con el derecho a la instancia plural que consagra la Constitución Política del Estado a través del artículo 139 inciso 6, y las normas de protección internacional de los derechos humanos, referidos en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los artículos 4, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: **desaprobaron** *la resolución consultada en cuanto declara* **inaplicable** *a este caso en concreto, el artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, únicamente en cuanto señala que "si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar",* **en consecuencia, dispusieron** *que la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, expida nuevo pronunciamiento con arreglo a los considerandos expuestos.*

SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
CONSULTA N° 2491-2010-AREQUIPA

Lima, catorce de setiembre del dos mil diez

VISTOS; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que es materia de consulta, la sentencia de vista de fojas sesenticuatro, su fecha veintidós de junio del año en curso, en el extremo que declara inaplicable a este caso concreto el artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, en cuanto señala que **"si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar"**, ello en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión, por colisión con el derecho a la instancia plural (revisión por otro órgano superior), que consagra el artículo 139 inciso 6 de la Constitución Política del Estado, así como los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 4, 14 y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

SEGUNDO: Que, el argumento esencial de la resolución materia de consulta, radica en que: **a)** el tener que condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una *reformatio in peius*, que sería legal si existiera un Tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación; **b)** únicamente la existencia de un juzgamiento en revisión con posibilidad de actuación probatoria de cargo y descargo, justificaría la emisión de una sentencia de vista que condene a quien estuvo precedentemente absuelto, no resultando suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta del recurso de apelación, dado su carácter extraordinario, cuyo objetivo consiste en la aplicación correcta por los jueces de mérito del derecho positivo; y **c)** en la jurisdicción fundamental internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó en el caso de Mauricio Herrera, el dos de julio del dos mil cuatro, que Costa Rica reformara en un plazo razonable la regulación sobre la casación, ya que la vigente no garantizaba en forma suficiente el derecho a recurrir. En el ámbito nacional, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"el derecho a los recursos forma parte del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no solo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e imprescriptible del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia"*.

TERCERO: Que, la *reformatio in peius* es una regla impuesta al órgano jurisdiccional de apelación como impedimento para agravar o hacer más gravosa, la condena o restringir las declaraciones más favorables de la sentencia de primera instancia, en perjuicio del apelante. Limita entonces el efecto devolutivo al extremo de la sentencia que haya sido efectivamente apelado, pues consentido los demás extremos no pueden ser modificados en perjuicio del recurrente; sin embargo, el efecto devolutivo es total si se apelara de todos los extremos.

CUARTO: Que en efecto, el nuevo Código Procesal Penal a través del dispositivo legal cuya inconstitucionalidad es materia de consulta, establece la posibilidad de sancionar a aquel que fuera absuelto en primera instancia, modificando de esta manera las facultades concedidas al juez de apelación en el Código de Procedimientos Penales, toda vez que mientras que en su artículo 425, inciso 3, literal b), **señala que la sentencia de segunda instancia** puede *"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**"*; el Código de Procedimientos Penales señala en su artículo 301 que el órgano jurisdiccional que conoce un recurso

de apelación en segunda instancia, en caso de sentencia absolutoria, *"sólo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral"*.

QUINTO: Que, el nuevo tratamiento de reforma de la sentencia absolutoria de primera instancia por una de carácter condenatoria, ha dado lugar a lo que se denomina, el régimen jurídico de la condena del absuelto, el mismo que no afecta la denominada garantía de la *"doble instancia"* reconocida en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, en la medida que, en estricto, lo que se reconoce en dicha norma constitucional es la garantía de la instancia plural, la misma que se satisface estableciendo, como mínimo, la posibilidad en condiciones de igualdad de *"dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero"*; tanto mas si como ha sucedido en el presente caso, ante la emisión de la sentencia absolutoria de primera instancia, el Fiscal Adjunto encargado del Tercer Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Penal Corporativa de Arequipa ha interpuesto recurso de apelación, circunstancia que al habilitar un pronunciamiento condenatorio, no permite arribar a una conclusión que implique una *reformatio in peius* para el procesado Jorge Ccanahuire Adcco.

SEXTO: Que, en efecto, la prohibición de la *reformatio in peius* no funciona en los supuestos en que el contrario hubiera también apelado de la sentencia; situación jurídico procesal que es donde se encuadra el tema en análisis, pues sobre la sentencia absolutoria, el apelante es el Ministerio Público, cuya pretensión impugnatoria faculta a un pronunciamiento de fondo, que al ejercer un juicio de fundabilidad puede provocar una condena al absuelto en primera instancia.

SÉTIMO: Que, el principio constitucional de la instancia plural trata en definitiva de que la organización del proceso admita la posibilidad que el objeto o pretensión pueda ser discutida ampliamente en dos instancias, a instancia tanto de la parte acusada como acusadora. Por ende, el acusado –pero también la acusación respecto de su pretensión– tiene la posibilidad de discutir en dos oportunidades la pretensión punitiva, defendiéndose de la acusación durante la primera instancia y luego, ante la apelación presentada por el Fiscal, también podrá hacerlo en segunda instancia, a través de sus alegatos respectivos.

OCTAVO: Que, la referida garantía es reconocida también en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el *ad quem* solo pueda absolver al condenado cuando este cuestione la condena, pero no pueda condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso, tal absolución. Así, si tenemos en cuenta la exigencia del principio de igualdad, no existe justificación razonable que permita, de un lado, avalar la posibilidad de una decisión del *ad quem* que revoque y sustituya la condena pero, de otro lado, impedir que ejerza las mismas facultades respecto de la absolución.

NOVENO: Que, el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como el literal h) del inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exigen que, en la organización del proceso penal, la parte acusada tenga la posibilidad de discutir la pretensión jurídica penal en su contra ante un órgano jurisdiccional superior y por ende distinto. Sin duda, la institución de la condena del absuelto prevista en la configuración jurídica del recurso de apelación en el nuevo Código Procesal Penal, prevé la posibilidad de hacer uso de este recurso por la parte acusada, consecuentemente, puede recurrir y discutir la pretensión sancionadora de la parte acusadora ante un órgano jurisdiccional superior y distinto.

DÉCIMO: Que, en este contexto, el acusado tendrá toda la posibilidad de discutir la pretensión punitiva en dos oportunidades, esto es, tanto ante el juez de primera instancia como ante él de apelación, incluso en el caso de la apelación de una sentencia absolutoria por parte de la parte acusadora. De esta manera, podrá ejercer su derecho de defensa frente a la acusación que se le haga durante la primera instancia y, lo que es lo más importante, podrá también hacerlo en el juicio sobrevenido por el recurso actuado por el Fiscal, en virtud del cual se realizará el juzgamiento en segunda instancia.

DÉCIMO PRIMERO: Que, habiéndose cumplido entonces a través del nuevo diseño procesal penal adoptado, en el que a diferencia de la regulación prevista en el Código de Procedimientos Penales, es

posible condenar al absuelto en primera instancia, **con el respeto irrestricto a la instancia plural,** la interposición del recurso de casación, no se ve desnaturalizada, toda vez que se respeta sus características y finalidades, de ese modo se reconoce al mencionado recurso como uno de carácter extraordinario que no implica una instancia, es decir que a través del mismo no se pueden revisar los hechos ni mucho menos abrirse o agregarse prueba, se reconoce asimismo que la casación tiende a proceder en el solo interés de la ley, pudiendo incluso declararse de oficio; este criterio es recogido en la STC N° 3261-2005-PA/TC.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en consecuencia, de acuerdo a lo expuesto, no se trata entonces de un tema de ***reformatio in peius*** ni específicamente de una afectación a la pluralidad de instancia, habida cuenta que el doble grado de jurisdicción se cumple cuando por intermedio de la impugnación se somete a un órgano superior la revisión plena del juicio llevado a cabo por el a quo, entendiéndose el término juicio como aquel ámbito de razonamiento jurídico sobre admisibilidad, procedencia, fundabilidad, subsunción y de garantías efectuadas por el juzgador en su sentencia.

DÉCIMO TERCERO: Que, por lo expuesto, al no advertirse del análisis del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, colisión alguna con el derecho a la instancia plural que consagra la Constitución Política del Estado a través del artículo 139 inciso 6, y las normas de protección internacional de los derechos humanos, referidos en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los artículos 4, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: **DESAPROBARON** la resolución consultada de fojas sesenticuatro, su fecha veintidós de junio del año en curso, **en cuanto declara inaplicable** a este caso en concreto, el artículo 425.3.b del Código Procesal Penal, únicamente en cuanto señala que *"si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar"*, en consecuencia, **DISPUSIERON** que la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, expida nuevo pronunciamiento con arreglo a los considerandos expuestos; en los seguidos contra Jorge Ccanahuire Adcco, por la comisión del delito contra la libertad sexual – violación de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales C.V.H.Q.; y los devolvieron.- *Vocal ponente: Mac Rae Thays.*

SS. TÁVARA CÓRDOVA / ACEVEDO MENA / YRIVARREN FALLAQUE / MAC RAE THAYS / ARAUJO SÁNCHEZ

129 NO ES LEGÍTIMO EXIGIR LA PRESENCIA DEL IMPUTADO EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN DEL JUICIO CUANDO ELLO IMPLICA LA PRIVACIÓN DE SU LIBERTAD

En el caso concreto, el imputado ha sido condenado a una pena privativa de libertad efectiva y se ha ordenado su captura, medida que rige –pese al recurso de apelación– por mandato del apartado dos del artículo cuatrocientos dieciocho del nuevo Código Procesal Penal.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico garantiza plenamente el ejercicio de la libertad personal y es comprensivo del afán natural de las personas de evitar toda limitación o privación de la libertad, más allá de la legitimidad del mandato de la autoridad competente. Por ende, no considera apropiado imponer sanción alguna por su razonable ejercicio, salvo que en su comisión se vulneren otros bienes jurídicos protegidos –integridad corporal, patrimonio, objetividad y corrección del ejercicio de la función pública, etcétera–.

Este Supremo Tribunal entiende el motivo del imputado por no asistir a la audiencia de apelación: si se presenta sería detenido e ingresado a un Establecimiento Penal. Así las cosas, no es proporcional exigir su presencia bajo

apercibimiento de desestimar liminarmente su impugnación. Si se reconoce, como se hace, el derecho de las personas a la libertad ambulatoria, y si en el caso concreto su presencia implicaría su detención inmediata, no es posible anudar a su inconcurrencia la desestimación del recurso, con lo que se limitaría desproporcionadamente –desde el subprincipio de proporcionalidad estricta– el derecho al recurso –se clausuraría la posibilidad de someter al conocimiento de un Tribunal Superior una resolución que le causa agravio– y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –no se tendría acceso a la segunda instancia, legalmente prevista, pese a que la audiencia de apelación, en este caso, en atención a los motivos del recurso y al ámbito de sus objeciones, no requiere de modo necesario la presencia del imputado–.

En consecuencia, en este caso concreto, como está en riesgo la libertad personal del imputado –y solo porque lo está de modo irremediable– sería desproporcionado atar a su inconcurrencia la inadmisibilidad del recurso que interpuso. Por ello, cabe concluir que el motivo de su probable inasistencia está justificado. La audiencia de apelación, por lo tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, a quien debe reconocerse, analógicamente, la representación del imputado y, por ende, los derechos de intervención en todas las diligencias y el ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal).

130 EL OFERENTE TIENE LA CARGA DE PROBAR QUE LA NO PRESENTACIÓN DE UN "NUEVO MEDIO PROBATORIO" EN EL JUICIO DE PRIMERA INSTANCIA SE DEBIÓ A CAUSAS AJENAS A SU VOLUNTAD

El encausado recurrente afirma que la prueba que ofrece no pudo presentarla al inicio del juicio oral porque recién la conoció en pleno desarrollo del plenario. Sin embargo, es de tener en cuenta que en este supuesto el proponente ha de demostrar que la falta de proposición oportuna se debió a circunstancias ajenas a su voluntad.

131 EXCEPCIONALIDAD DE LA CITACIÓN AL JUICIO DE APELACIÓN DE LOS TESTIGOS QUE DECLARARON EN PRIMERA INSTANCIA

Esta última posibilidad (de la regla ciertamente excepcionalísima del artículo 422.5 del CPP de 2004) solo es admisible cuando las declaraciones de los testigos, incluidos los agraviados, adolezcan de sensibles defectos legales o déficits de información que impiden el necesario esclarecimiento de los hechos objeto del debate. Es de tener en claro que el principio rector de la apelación penal contra sentencias definitivas es solo permitir la actuación de nuevas pruebas desde una perspectiva de complementación del material probatorio en orden a la corrección de irregularidades probatorias de la primera instancia y a superar, limitadamente, las preclusiones allí producidas.

132 LA INADMISIBILIDAD POR INCONCURRENCIA DEL APELANTE ES APLICABLE SOLO EN EL CASO DE SENTENCIAS

La norma objeto de interpretación es clara. Dispone la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencia –y solo de sentencias– cuando el recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia de apelación. La declaratoria de inadmisibilidad, en tanto sanción procesal, está ligada a la noción de inasistencia injustificada.

SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N° 02-2010-LA LIBERTAD

Lima, veintiséis de junio de dos mil diez

AUTOS y VISTOS, habiendo vencido el plazo para presentar pruebas en sede de apelación suprema, estando a los escritos de fojas diecisiete y veintiocho, del cinco de febrero de dos mil diez y tres de mayo de dos mil diez, respectivamente, presentados por la defensa del encausado EDUARDO GUSTAVO SEGURA ROJAS que ofrece prueba nueva y solicita la interpretación de los alcances del artículo 423.2 del nuevo Código Procesal Penal. Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la solicitud de prueba del encausado de fojas diecisiete del cuaderno de casación ha sido presentada dentro del plazo estipulado por apartado dos del artículo cuatrocientos veintiuno del Nuevo Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que el recurrente Segura Rojas sostiene que el DVD que adjunta contiene un informe periodístico propalado a nivel nacional por el canal de televisión Frecuencia Latina, con el que pretende demostrar que se rompió la cadena de custodia del audio de conversación y del video de su detención –producida cuando ejercía la función de Fiscal Adjunto Provincial de Pacasmayo–, y, por tanto, se infringió las reglas para la conservación y aseguramiento de evidencias contenidas en el Reglamento de Cadena de Custodia de Elementos Materiales, Evidencias y Administración de Bienes Incautados, aprobado por Resolución número 729-2006-MP-FN, del quince de junio de dos mil seis, pues fragmentos del mismo forman parte del citado informe periodístico. Alega que el audio y el video cuestionados fueron actuados en el juicio oral y valorados como prueba válida en la sentencia, pese a su manipulación y edición por personal policial, que incluso entregó copias a la prensa antes de la audiencia de prisión preventiva sin conocimiento del Ministerio Público. El DVD demostraría, según él, que el casete nunca fue lacrado, asegurado y menos iniciado el procedimiento de cadena de custodia por el Fiscal Superior que dirigía el operativo, sino que fue entregado con total informalidad a la Policía; además, el formato de cadena de custodia no está firmado por el Fiscal Superior encargado, no obstante haber escuchado el audio.

TERCERO: Que, ahora bien, el nuevo Código Procesal Penal ha instituido –conforme a su fuente hispana– un carácter excepcional y limitado a las pruebas que pretendan practicarse durante la sustanciación de los recursos de apelación contra sentencias definitivas –atento a su naturaleza de apelación plena o restringida que lo informa–, más allá de reconocer la exigencia común de que los medios de prueba ofrecidos, sin perjuicio de la corrección formal de su proposición y de la legitimidad constitucional de los mismos, cumplan dos requisitos fundamentales de carácter general: (i) pertinencia –relación que debe existir entre el hecho que pretende probarse y las afirmaciones que hicieron las partes– y (ii) utilidad –que atiende positivamente al medio en sí mismo considerado y negativamente a su condición de superfluo–. Son tres los supuestos que autorizan la actuación de prueba en segunda instancia: prueba de imposible proposición en primera instancia, prueba indebidamente denegada por el órgano a quo y prueba admitida pero no practicada por causas no imputables al solicitante

(artículo 422.2 del nuevo Código Procesal Penal), sin perjuicio de la regla ciertamente excepcionalísima del artículo 422.5 del citado Código. Esta última posibilidad solo es admisible cuando las declaraciones de los testigos, incluidos los agraviados, adolezcan de sensibles defectos legales o déficits de información que impiden el necesario esclarecimiento de los hechos objeto del debate. Es de tener en claro que el principio rector de la apelación penal contra sentencias definitivas es solo permitir la actuación de nuevas pruebas desde una perspectiva de complementación del material probatorio en orden a la corrección de irregularidades probatorias de la primera instancia y a superar, limitadamente, las preclusiones allí producidas.

CUARTO: Que el encausado recurrente afirma que la prueba que ofrece no pudo presentarla al inicio del juicio oral porque recién la conoció en pleno desarrollo del plenario. Sin embargo, es de tener en cuenta que en este supuesto el proponente ha de demostrar que la falta de proposición oportuna se debió a circunstancias ajenas a su voluntad. En el presente caso es evidente que este supuesto excepcional no se presenta. Esta prueba pudo y debió ser propuesta en primera instancia, desde que se trata de un documento que aparecía colgado en el portal electrónico de Frecuencia Latina –de acceso público– desde antes del inicio del juicio y además había sido propalado debidamente. No es lógicamente creíble el alegado desconocimiento. Por tanto, debe inadmitirse la prueba ofrecida.

QUINTO: Que la defensa del imputado Segura Rojas en su escrito de fojas veintiocho solicita que se interprete constitucionalmente el artículo cuatrocientos veintitrés, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal, que dispone la concurrencia del imputado recurrente a la audiencia de apelación de sentencia, bajo apercibimiento de la declaración de inadmisibilidad del recurso que interpuso, para lo cual debe tenerse presente la garantía específica del doble grado de jurisdicción –que integra la garantía genérica del debido proceso y la garantía genérica de defensa procesal–.

SEXTO: Que el artículo cuatrocientos veintitrés, apartado tres, del nuevo Código Procesal, al desarrollar una institución de configuración legal, como es el recurso de apelación –cuyo reconocimiento y alcance legislativo de cara a la garantía de la instancia plural no está puesta en duda–, establece la necesidad de la presencia personal del imputado recurrente a la audiencia de apelación de sentencia, exigencia que se sustenta en que todo imputado está sujeto al proceso y, por tanto, ligado a los mandatos judiciales de comparecencia –el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso–. En el caso en cuestión, la norma citada busca consolidar la vigencia de principios procesales y procedimentales de primer orden: contradicción efectiva –que integra la garantía de defensa procesal–, inmediación y oralidad –que integran la garantía del debido proceso–.

En la presente causa se presenta un hecho singular. El imputado asistió al juicio de primera instancia pero omitió concurrir, por razones obvias, a la sesión fijada para la lectura de la sentencia. Esta le impuso una pena efectiva de privación de libertad de ocho años.

SÉTIMO: Que desde el resultado de la interpretación de la ley es evidente que no puede aceptarse una opción jurisprudencial que colide con los preceptos constitucionales, más aún si implican derechos fundamentales cuya efectividad práctica debe garantizarse y sin que las sanciones derivadas del incumplimiento de normas procesales sean de tal entidad que originen resultados claramente desproporcionados.

La norma objeto de interpretación es clara. Dispone la inadmisibilidad del recurso de apelación de sentencia –y solo de sentencias– cuando el recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia de apelación. La declaratoria de inadmisibilidad, en tanto sanción procesal, está ligada, pues a la noción de "inasistencia injustificada".

Esta puede presentarse por diversas situaciones y motivos, que sería de rigor identificar caso por caso en función a la multiplicidad de posibilidades que pueden presentarse.

OCTAVO: Que en el caso concreto el imputado ha sido condenado a una pena privativa de libertad efectiva y se ha ordenado su captura, medida que rige –pese al recurso de apelación– por mandato del apartado dos del cuatrocientos dieciocho del nuevo Código Procesal Penal.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico garantiza plenamente el ejercicio de la libertad personal y es comprensivo del afán natural de las personas de evitar toda limitación o privación de la libertad, más allá de la legitimidad del mandato de la autoridad competente. Por ende, no considera apropiado imponer sanción alguna por su razonable ejercicio, salvo que en su comisión se vulneren otros bienes jurídicos protegidos –integridad corporal, patrimonio, objetividad y corrección del ejercicio de la función pública, etcétera–.

Este Supremo Tribunal entiende el motivo del imputado por no asistir a la audiencia de apelación: si se presenta sería detenido e ingresado a un Establecimiento Penal. Así las cosas, no es proporcional exigir su presencia bajo apercibimiento de desestimar liminarmente su impugnación. Si se reconoce, como se hace, el derecho de las personas a la libertad ambulatoria, y si en el caso concreto su presencia implicaría su detención inmediata, no es posible anudar a su inconcurrencia la desestimación del recurso, con lo que se limitaría desproporcionadamente –desde el sub principio de proporcionalidad estricta– el derecho al recurso –se clausuraría la posibilidad de someter al conocimiento de un Tribunal Superior una resolución que le causa agravio– y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –no se tendría acceso a la segunda instancia, legalmente prevista, pese a que la audiencia de apelación, en este caso, en atención a los motivos del recurso y al ámbito de sus objeciones, no requiere de modo necesario la presencia del imputado–.

En consecuencia, en este caso concreto, como está en riesgo la libertad personal del imputado –y solo porque lo está de modo irremediable– sería desproporcionado atar a su inconcurrencia la inadmisibilidad del recurso que interpuso. Por ello cabe concluir que el motivo de su probable inasistencia está justificado. La audiencia de apelación, por tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, a quien debe reconocerse, analógicamente, la representación del imputado y, por tanto, los derechos de intervención en todas las diligencias y de ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal).

DECISIÓN

Por estos fundamentos, y de conformidad con el apartado uno del artículo cuatrocientos veintitrés del Nuevo Código Procesal Penal: **I.** Declararon **IMPROCEDENTE** la prueba videográfica ofrecida por la defensa del encausado Eduardo Gustavo Segura Rojas mediante su escrito de fojas diecisiete, del cinco de febrero de dos mil diez, por la defensa de Eduardo Gustavo Segura Rojas. **II. CONVOCARON** a las partes, con las prevenciones de los apartados dos, tres y cuatro del referido artículo cuatrocientos veintitrés del nuevo Código Procesal Penal, y lo anotado en los fundamentos jurídicos séptimo y octavo de esta Ejecutoria para la audiencia de apelación, que se realizará el día veinte de julio de dos mil diez a las ocho y treinta de la mañana. **III. MANDARON** se notifique a las partes. Hágase saber.

SS. SAN MARTÍN CASTRO / LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / PRINCIPE TRUJILLO / SANTA MARÍA MORILLO

133 NATURALEZA Y LÍMITES FUNCIONALES DEL RECURSO DE CASACIÓN

La casación no es propiamente un medio impugnatorio, sino un remedio excepcional de tutela, de modo que no tiene por finalidad que se continue revisando una sentencia judicial firme, sino evaluar si está incursa en las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal, por lo que no puede ser utilizada para replantear una controversia resuelta por los órganos de instancia; que, en ese sentido, de los argumentos esgrimidos por el recurrente que se describen en los puntos i), ii) y iii) del segundo fundamento jurídico de esta resolución, se infiere que la verdadera significación del agravio se traduce en su inconformidad con la eficacia y el valor probatorio otorgado

a los medios de prueba, lo que es ajeno al recurso de casación, que no puede provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que sirvieron de base a la sentencia, quedando excluido todo lo que se refiera a la valoración de los elementos de prueba y a la determinación de los hechos, por lo que de ningún modo puede efectuarse una revaloración de la prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal; por lo tanto, resulta inadmisible la casación cuando se discute la eficiencia probatoria de los elementos de convicción o se presenta disentimiento con la valoración de la prueba efectuada.

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 51-2009-MOQUEGUA

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, cuatro de marzo de dos mil diez

AUTOS y VISTOS, interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de casación interpuesto por el procesado Henry Hans Torres Tapia –concedido por resolución de fojas noventa y seis, del diez de setiembre de dos mil nueve del Cuaderno de Impugnación– contra la sentencia de vista de fojas ochenta, del veintiséis de agosto de dos mil nueve, que confirmó la sentencia de primera instancia que lo condenó como autor del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en perjuicio de Vicente Moreno Lupaca a diez años de pena privativa de libertad; y **CONSIDERANDO**: **PRIMERO:** Que el sentenciado Henry Hans Torres Tapia en su recurso de casación de fojas ochenta y seis, alega: **i)** que no ha cometido ilícito penal alguno y que son falsos los cargos imputados en su contra, por lo que se ha efectuado una inadecuada valoración de las pruebas aportadas, conforme a lo dispuesto en el artículo ciento cincuenta y ocho del Nuevo Código Procesal Penal, al existir una grave equivocación en la sindicación que le hizo el agraviado Vicente Moreno Lupaca; agrega, que de los Jueces superiores que lo sentenciaron, uno es provisional y dos son suplentes, así como que estuvo asesorado por un abogado de oficio; **ii)** que el día de los hechos estuvo transitando por el Asentamiento Humano Jhon F. Kennedy, con dirección a su domicilio, momentos en que el referido agraviado lo cogió y arrastró, sindicándolo injustificadamente de haberle sustraído su dinero, por lo que comenzaron a forcejear y cayeron a un desnivel, resultando ambos lesionados; **iii)** que se ha inaplicado la garantía universal del *in dubio pro reo* y se vulneró los principios de la cosa juzgada y la irretroactividad de la ley penal, al haberse mencionado a sus antecedentes judiciales del año mil novecientos noventa y siete, anteriores a la dación de la Ley número veintiocho mil seiscientos veintiséis, que recién incorpora la reincidencia y la habitualidad; **iv)** que la sentencia ha sido expedida con manifiesta ilogicidad de la motivación, al basarse en indicios contingentes no plurales, además, se inobservaron normas de carácter procesal porque no se recibió la testimonial de Humberto Sabino Lupaca y se prescindió de la testimonial de Alicia Málaga Lesli, pese a que el testigo debe ser conducido compulsivamente, en aplicación de lo dispuesto en el inciso uno del artículo trescientos setenta y nueve del Nuevo Código Procesal Penal; que, se recibió la testimonial del agraviado Vicente Moreno Lupaca sin haberse fundamentado su inclusión como tal, pues la Ley Procesal precisa que solamente serán actuados los medios de prueba admitidos en la audiencia de control de la acusación y el auto de citación a juicio; **v)** que existe una indebida aplicación y errónea interpretación de la ley penal, al ser condenado por el delito de robo agravado, previsto en el inciso cuatro del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, referido a la pluralidad de agentes, pese a que nunca se demostró la existencia de otras personas, dado que solo existe la sindicación del agraviado. **SEGUNDO:** Que con arreglo a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo; al respecto, se debe precisar que para la concesión del primer juicio de admisibilidad se debe cumplir las formalidades del artículo

cuatrocientos cinco del Código acotado, estos requisitos han sido cumplidos por el recurrente y en el presente caso se realizó el trámite del traslado respectivo –ver resolución de fojas siete del cuaderno formado en esta Sala–, no habiéndose apersonado ninguno de los sujetos procesales. **TERCERO:** Que la casación no es propiamente un medio impugnatorio sino un remedio excepcional de tutela, de modo que no tiene por finalidad que se continúe revisando una sentencia judicial firme, sino evaluar si está incursa en las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal, por lo que no puede ser utilizada para replantear una controversia resuelta por los órganos de instancia; que, en ese sentido, de los argumentos esgrimidos por el recurrente que se describen en los puntos i), ii) y iii) del segundo fundamento jurídico de esta resolución se infiere que la verdadera significación del agravio se traduce en su inconformidad con la eficacia y el valor probatorio otorgado a los medios de prueba, lo que es ajeno al recurso de casación, que no puede provocar un nuevo examen crítico de los medios probatorios que sirvieron de base a la sentencia, quedando excluido todo lo que se refiera a la valoración de los elementos de prueba y a la determinación de los hechos, por lo que de ningún modo puede efectuarse una revaloración de la prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal; por tanto, resulta inadmisible la casación cuando se discute la eficiencia probatoria de los elementos de convicción o se presenta disentimiento con la valoración de la prueba efectuada. **CUARTO:** Que, respecto a la causal de manifiesta ilogicidad de la motivación, alega el recurrente que la sentencia menciona que existen pruebas indiciarias para condenarlo, sin tener en cuenta que los indicios (contingentes) deben ser plurales, en aplicación del inciso tres, literal c) del artículo ciento cincuenta y ocho del nuevo Código Procesal Penal; que, estos argumentos postulan un criterio particular del casacionista para desvirtuar los indicios que cimientan el fallo del Tribunal Superior, al punto que redunda en comentarios generales, sin concentrarse en explicar los errores de hecho que le atribuye; que, no se observa la vulneración de alguna garantía fundamental que amerite el ejercicio de las facultades de la Sala de Casación. **QUINTO:** Que, en cuanto a la causal de inobservancia de norma de carácter procesal, esta se sustenta en que se prescindió de la testimonial de Alicia Málaga Lesli pese a que dicho testigo debió ser conducida compulsivamente en aplicación del inciso uno del artículo trescientos setenta y nueve del nuevo Código Procesal Penal, lo que fue omitido; además, se recibió la testimonial del agraviado sin haberse fundamentado su inclusión como tal no obstante que la Ley Procesal precisa que solamente serán actuados los medios de prueba admitidos en la audiencia de control de la acusación y en el auto de citación a juicio; que, los motivos invocados no se vinculan directa y concretamente con los fines de la casación porque procesalmente es posible prescindirse de una prueba personal; además, no pretende que se haga efectivo algún derecho material ni la restauración de una garantía o reparación de un agravio, sino que realiza un alegato de instancia pretendiendo desvirtuar el mérito concedido a las pruebas de cargo que sirven de sustento a la sentencia de condena. **SEXTO:** Que, en lo atinente a la causal de indebida aplicación y errónea interpretación de la ley penal, sustentada en que fue condenado indebidamente por el delito de robo agravado previsto en el inciso cuatro del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, pese a que nunca se demostró la existencia de otras personas, es de acotar que el cuestionamiento no se refiere a los alcances del subtipo agravado materia de condena sino a la prueba de los hechos, lo que es ajeno a los alcances del recurso de casación. **SÉTIMO:** Que es del caso exonerar de las costas al recurrente en aplicación excepcional del literal a) del apartado dos del artículo quinientos uno del Código Procesal Penal, al no haber obrado con temeridad o mala fe. Por estos fundamentos: **I. Declararon INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por el procesado Henry Hans Torres Tapia contra la sentencia de vista de fojas ochenta, del veintiséis de agosto de dos mil nueve, que confirmó la sentencia que lo condenó como autor del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en perjuicio de Vicente Moreno Lupaca a diez años de pena privativa de libertad efectiva. **II. EXONERARON** al recurrente del pago de las costas en la tramitación del recurso de casación; **MANDARON** se devuelva los actuados al Tribunal de origen; hágase saber; interviniendo el señor Santa María Morillo por vacaciones del señor Prado Saldarriaga.

SS. SAN MARTÍN CASTRO · LECAROS CORNEJO · PRÍNCIPE TRUJILLO · CALDERÓN CASTILLO · SANTA MARÍA MORILLO

134 EL ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD DE LA CASACIÓN POR LAS SALAS SUPERIORES SE HALLA LIMITADO SOLO A REALIZAR VERIFICACIONES FORMALES

El Tribunal Superior está facultado para realizar el juicio de admisibilidad del recurso de casación de conformidad con el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, y examinar, entre otros presupuestos, si la resolución recurrida es pasible de ser cuestionada a través de ese recurso, si la parte que recurre se encuentra autorizada para hacerlo, si tiene interés jurídico en la impugnación, y si concurren los presupuestos formales de modo, lugar, tiempo y motivación que debe cumplir el acto de interposición del recurso. En tal sentido, su actuación en el trámite de admisibilidad se restringe solo a las verificaciones formales para la procedencia del recurso.

SALA PENAL PERMANENTE
R.Q. N° 85-2010-LA LIBERTAD

Lima, veintiséis de noviembre de dos mil diez

VISTOS: el recurso de queja de derecho interpuesto por el agraviado Víctor Manuel Trujillo Díaz contra la resolución de fojas veintitrés, del doce de agosto de dos mil diez, que declaró inadmisible el recurso de casación que promovió contra el auto superior del dos de agosto de dos mil diez, que confirmando la resolución de primera instancia de fojas nueve, del cinco de marzo de dos mil diez, declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento de la acción penal peticionada por el Fiscal Provincial; en el proceso seguido contra Manuel Ancelmo Ruiz Cerna y Wilson Leyva León por delito contra el patrimonio –usurpación y daño– en agravio del recurrente, interviene como ponente el señor Lecaros Cornejo.

CONSIDERANDO

PRIMERO.- Que el agraviado Víctor Manuel Trujillo Díaz en su recurso formalizado de fojas uno alega que interpuso recurso de casación excepcional y el Tribunal Superior rechazó su petitorio.

SEGUNDO.- Que el Tribunal Superior está facultado para realizar el juicio del admisibilidad del recurso de casación de conformidad con el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, y examinar, entre otros presupuestos, si la resolución recurrida es pasible de ser cuestionada a través de ese recurso, si la parte que recurre se encuentra autorizada para hacerlo, si tiene interés jurídico en la impugnación, y si concurren los presupuestos formales de modo, lugar, tiempo y motivación que debe cumplir el acto de interposición del recurso. En tal sentido, su actuación en el trámite de admisibilidad se restringe solo a las verificaciones formales para la procedencia del recurso. Si el juicio de admisibilidad de la Sala Penal Superior es negativo, el artículo cuatrocientos treinta y siete del referido Código permite al perjudicado con la decisión judicial que pueda interponer recurso de queja de derecho para que el Tribunal Supremo revise la decisión del inferior respecto de la admisibilidad del recurso de casación de conformidad con las disposiciones procesales establecidas en las normas correspondientes y de esa manera pueda lograr la concesión del recurso, si es que fue indebidamente denegado.

TERCERO.- Que en el caso concreto se recurrió un auto superior, que confirmando la resolución de primera instancia declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento del Fiscal.

CUARTO.- Que se cumplió parcialmente el presupuesto objetivo del recurso de casación, pues la resolución recurrida está comprendida en el literal a) del apartado dos del cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal –se trata de un auto que pone fin al procedimiento–. Sin embargo, el mismo apartado establece una restricción del ámbito objetivo del recurso en relación con la cuantía de la pena, pues si se trata de resoluciones, como la presente, se requiere que el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años. Los delitos objeto

del presente proceso penal son los de usurpación y daños, que están conminados con pena privativa de libertad no mayor de tres años –artículo doscientos dos del Código Penal: tipo penal más grave–. En consecuencia, el delito incriminado no alcanza el criterio de summa poena estatuido en la norma procesal, por lo que en principio escapa a la competencia casacional.

QUINTO.- Que a pesar de ello la norma procesal ha regulado la casación excepcional en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del citado Código, que permite al Supremo Tribunal, excepcionalmente, superando la barrera de las condiciones objetivas de admisibilidad que pueda acceder el recurso de casación, pero sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo jurisprudencial, con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal.

SEXTO.- Que el actor civil Víctor Manuel Trujillo Díaz, en su recurso de casación de fojas diecinueve, expresó que promovía la casación excepcional –pero no invocó ninguna de las causales previstas en el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal– y solicitó que desarrolle doctrina jurisprudencial para establecer que no se puede justificar un sobreseimiento del proceso cuando el Fiscal dilató las diligencias preliminares por cinco meses y la investigación preparatoria por un año y dos meses y no realizó diligencias importantes como la pericia valorativa, así como no valoró documentos que acreditaban la preexistencia de los bienes dañados.

SÉTIMO.- Que es evidente el incumplimiento de la exigencia que rige la casación excepcional prevista por el apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal: que se señale y justifique la causal que corresponda conforme al artículo cuatrocientos veintinueve del citado Código, por lo que cabe advertir la ineptitud del recurso y su consecuente inadmisión.

OCTAVO.- Que, en consecuencia, se colige sin mayor esfuerzo que el casacionista incurre en varios desaciertos cuando postula los cuestionamientos al fallo impugnado, pues no solo solicitó el desarrollo de la jurisprudencia y no lo vinculó con una concreta pretensión jurídica: inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal o material, inobservancia de normas legales de carácter procesal, indebida aplicación, errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal, falta o manifiesta ilogicidad de la motivación o apartamiento de la doctrina jurisprudencial, sino además alegó que el Tribunal de Apelaciones no valoró documentos que acreditan la preexistencia de los bienes que fueron dañados y las fotografías que presentó, pero no expresó de manera clara y concisa si se trata de pruebas actuadas en el juicio o si esos documentos cumplían con todos los requisitos para ser valoradas como elementos de juicio de culpabilidad del acusado, y a pesar de ello no fueron apreciadas por el Juez. En esas condiciones el recurso de casación no puede prosperar y la queja de derecho debe ser inadmitida

NOVENO.- Que debe resaltarse además que no es necesario el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, pues si el actor civil consideraba que el plazo de la investigación se extendió por mucho tiempo, podía acudir al Juez de la Investigación Preparatoria –quien es el encargado de resguardar los derechos fundamentales del imputado y demás partícipes de la investigación– y solicitar un control de plazo de esta etapa, en tanto en cuanto se halla vinculado a un derecho procesal constitucionalizado: el derecho al plazo razonable –véase apartado dos del artículo trescientos treinta y cuatro y trescientos cuarenta y tres del Código Procesal Penal–. También podía acudir al órgano jurisdiccional para conseguir que se practiquen las diligencias que consideraba necesarias para su pretensión y que fueron rechazadas por el Fiscal, pues se halla vinculado al derecho de petición de los intervinientes –véase apartado cuatro y cinco del artículo trescientos treinta y siete del Código Procesal Penal–. Es de enfatizar que el Juez controla la legalidad de las actuaciones del Ministerio Público y protege los derechos principales de los sujetos procesales.

DÉCIMO.- Que el recurrente promovió el recurso de queja de derecho, a pesar de que en su recurso de casación no expresó razones serias y fundadas para hacerlo con arreglo al inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete e inciso tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal. Por

tanto, es pertinente condenarlo al pago de costas de conformidad con el inciso dos y tres del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon INFUNDADO el recurso de queja de derecho interpuesto por el agraviado Víctor Manuel Trujillo Díaz contra la resolución de fojas veintitrés, del doce de agosto de dos mil diez, que declaró inadmisible el recurso de casación que promovió contra el auto superior del dos de agosto de dos mil diez, que confirmando la resolución de primera instancia de fojas nueve, del cinco de marzo de dos mil diez, declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento de la acción penal peticionada por el Fiscal Provincial; en el proceso seguido contra Manuel Anselmo Ruiz Cerna y Wilson Leyva León por delitos contra el patrimonio –usurpación y daños– en agravio del recurrente.

II. CONDENARON al pago de las costas de la tramitación del recurso de queja de derecho al agraviado Víctor Manuel Trujillo Díaz, y ordenaron que el Juez de la Investigación Preparatoria cumpla con su liquidación y pago.

III. MANDARON se notifique a las partes la presente Ejecutoria y se archive definitivamente lo actuado.-

SS. SAN MARTÍN CASTRO / LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / PRÍNCIPE TRUJILLO / CALDERÓN CASTILLO

135 INTERÉS CASACIONAL POR JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA EN VARIOS DISTRITOS JUDICIALES

La aceptación del objeto impugnable en este caso, en tanto se trata de un delito que no tiene la entidad para ser conocido por la Corte Suprema, está en función a la existencia de un relevante interés casacional. En el presente caso, este interés se presenta en atención a la relevancia jurídica de la institución concernida –a qué órgano corresponden determinados ámbitos de la ejecución penal– y a la realidad, como se prueba en el recurso de la Fiscalía, de una jurisprudencia contradictoria en varios distritos judiciales, que obliga a su unificación.

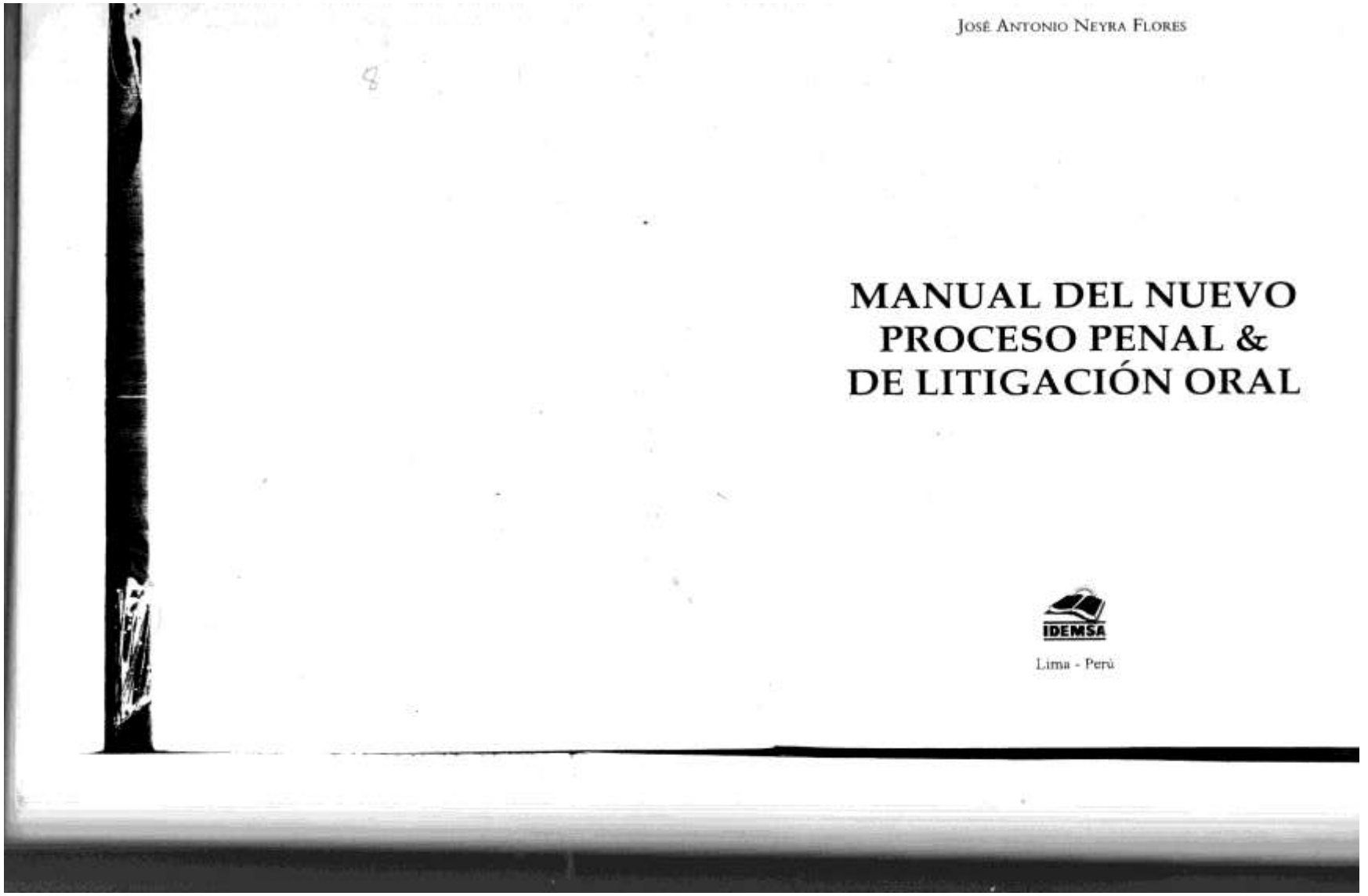
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 79-2009-PIURA

AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Lima, doce de marzo de dos mil diez

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Hugo Príncipe Trujillo; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales y por indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal interpuesto por el Fiscal Superior de Apelaciones del Distrito Judicial de Piura contra la sentencia de vista de fojas cuarenta y dos, del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas nueve, del catorce de setiembre de dos mil nueve en el extremo que fijó como reglas de conducta: a) Concurrir cada treinta días al local de la Segunda Fiscalía Penal Corporativa de Castilla a fin de informar y firmar el libro de control de sentenciados correspondiente; y b) No variar de domicilio sin previo aviso al representante del Ministerio Público; en el proceso que se le sigue a Otilio Correa Vasallvanca por el delito de omisión de asistencia familiar - incumplimiento de obligación alimentaria en agravio de Estefani Correa Vargas; y **CONSIDERANDO**: **PRIMERO**: Que, conforme al estado de la causa y en aplicación de lo previsto en el apartado

seis del artículo cuatrocientos treinta del nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo; que es de precisar que se ha cumplido el trámite de traslados respectivos a las partes. **SEGUNDO**: Que la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por la concordancia de los artículos cuatrocientos veintiocho y cuatrocientos treinta, primer apartado, del nuevo Código Procesal Penal, cuyos requisitos deben cumplirse debidamente para que se declare bien concedido. **TERCERO**: Que el recurrente sustenta la viabilidad del recurso de casación en el artículo cuatrocientos veintisiete, apartado cuatro, del nuevo Código Procesal Penal que establece que: *excepcionalmente, será procedente el recurso de casación cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial*"; que se cumple el presupuesto subjetivo pues el señor Fiscal cuestionó la sentencia de primera instancia y, sin duda, la sentencia de vista lo agravia al desestimar su pretensión impugnativa. **CUARTO**: Que como motivos de casación invoca: **i)** la inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal, tales como: igualdad, imparcialidad, debido proceso y legalidad procesal; y, **ii)** la indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal; que estas causales están reconocidas en los incisos uno y tres del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal. **QUINTO**: Que, respecto al primer motivo de casación –de casación constitucional–, sostiene que la recurrida, al establecer que el condenado concurra cada treinta días al local de la Segunda Fiscalía Penal Corporativa de Castilla a fin de informar y firmar el libro de control de sentenciados, involucra la función fiscal en funciones estipuladas específicamente para el órgano jurisdiccional, tal como así lo contempla el apartado uno del artículo cuatrocientos ochenta y nueve del nuevo Código Procesal Penal, máxime si en su apartado dos se estipula que el Juez de la Investigación Preparatoria es el facultado para resolver los incidentes suscitados durante la ejecución de la sentencia, ya sea en cuanto a la pena, la reparación civil o las consecuencias accesorias; que, en lo atinente al segundo motivo, invoca la indebida aplicación o errónea interpretación de la ley penal, señala que se inobservó el artículo cuatrocientos ochenta y ocho del Código Procesal Penal que también contempla la ejecución de sentencia como una obligación y función propia del Juzgador, quien conforme a los apartados uno y dos debe garantizar la ejecución de la sentencia conforme al Código Penal y las leyes, de suerte que el condenado y las demás partes –incluyendo al Ministerio Público en el caso de autos– plantearán si así lo estiman necesarios los requerimientos y observaciones respecto de la pena, reparación civil y las consecuencias accesorias que conforme a ley correspondan. **SEXTO**: Que, ahora bien, la aceptación del objeto impugnable en este caso, en tanto se trata de un delito que no tiene la entidad para ser conocido por la Corte Suprema, está en función a la existencia de un relevante interés casacional; que, en el presente caso, este se presenta en atención a la relevancia jurídica de la institución concernida –a qué órgano corresponde determinados ámbitos de la ejecución penal– y a la realidad, como se prueba en el recurso de la Fiscalía, de una jurisprudencia contradictoria en varios Distritos Judiciales, que obliga a su unificación; que, en estricto derecho, el motivo casacional es el referido a la inobservancia de una norma procesal penal –artículos cuatrocientos ochenta y ocho y cuatrocientos ochenta y nueve del nuevo Código Procesal Penal–, que define el ámbito de actuación del Juez y del Ministerio Público en sede de ejecución penal, por lo que debe reconducirse el motivo de casación al apartado dos del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal; que, por último, también se ha invocado, concurrentemente, el motivo de casación constitucional por los mismos fundamentos que el anterior y, además, excesivamente, se entiende complicadas cuatro garantías constitucionales; que tal motivo no es de recibo pues no solo se resalta, propiamente, una presunta infracción de normas de naturaleza ordinaria, como son las competencias funcionales del Juez definidas en el nuevo Código Procesal Penal, sino también porque se está ante una definición hermenéutica que incide en los ámbitos de legalidad ordinaria trazados por la Ley procesal penal. Por estos fundamentos: **I. Declararon INADMISIBLE** el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales interpuesto por el señor Fiscal Superior de Apelaciones del Distrito Judicial de Piura. **II. Declararon BIEN CONCEDIDO** el recurso de casación por inobservancia de norma procesal interpuesto por el citado recurrente, referido a los artículos cuatrocientos ochenta y ocho y cuatrocientos ochenta y nueve del nuevo Código Procesal Penal. **III. ORDENARON** que la causa permanezca en Secretaría



José Antonio Neyra Flores

MANUAL DEL NUEVO PROCESO PENAL & DE LITIGACIÓN ORAL

IDEMSA

Lima - Perú

MANUAL DEL NUEVO
PROCESO PENAL &
DE LITIGACIÓN ORAL

Derechos reservados conforme a ley
Julio 2010

© IDEMSA
Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.
Lima: Jr. Contumazá Nº 975 Of. 102

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com

Lima: Jr. Contumazá Nº 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Telfax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José Nº 311 Of. 106
Telfax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri Nº 228 Of. 201
Telfax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú Nº 2010-08128
ISBN: 978-612-4037-20-7
Registro del Proyecto Editorial Nº 31501000900408

Ejemplares: 1000

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita de los editores y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

A Jimena, y María José mis hijas
con mucho amor.

incidentales diferidas; de la existencia del hecho y sus circunstancias, la responsabilidad del acusado y el grado de participación en el hecho, la calificación legal de éste, la individualización de la pena, reparación civil, consecuencias accesorias y costos.

CAPÍTULO V
EL SISTEMA DE RECURSOS

1. INTRODUCCIÓN

Durante el proceso, el Juez A Quo, va emitir múltiples resoluciones judiciales, que en buena cuenta van a importar decisiones que van a incidir en el inicio, desarrollo y fin de éste. Decisiones que - debido a la falibilidad del órgano judicial[475] - en algunos casos, pueden ser incorrectas. En ese sentido, dichas decisiones pueden producir agravios a uno o varios de los sujetos procesales intervinientes, dependiendo del interés que defienda cada uno.

Por ello, ante la eventualidad de incorrección de las decisiones judiciales, el ordenamiento jurídico, en aras de garantizar los derechos de los sujetos implicados en el proceso, tiene que establecer medios tendentes a corregir los mencionados errores, otorgándole a los sujetos que se sienten agraviados con el fallo emitido, la posibilidad de solicitar un reexamen de la decisión, ya sea al mismo órgano que lo emitió o a un órgano superior.

(475) En ese sentido se pronuncia DOIG DIAZ, citando a DIAZ MENDEZ, cuando señala que: "El fundamento de los recursos descansa en la falibilidad del órgano judicial y en la necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella estime desacertada, para lo cual se le da posibilidad de la impugnación que el recurso supone". DOIG DIAZ, Yolanda. *El Sistema de Recursos en el Proceso Penal Peruano*. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la Casación. (en) La reforma del Proceso Penal Peruano. Anuario de Derecho Penal 2004. Lima. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 190

En ese orden de ideas, el NCPP 2004 ha regulado en el libro Cuarto "La impugnación" estableciendo cuatro tipos de recursos como vías eficaces que canalizarán dichas pretensiones de corrección de los posibles errores en los que puede incurrir el órgano judicial y en consecuencia hacer que el agravio sufrido no se convierta en irreparable.

La exigencia del establecimiento de estos medios impugnatorios en el proceso penal, se deriva de un mandato de orden Constitucional, pero el contenido de este mandato aún tiene ciertas imprecisiones. En el presente trabajo, se intentará- sin ánimo de poner fin al debate inconcluso- dar algunas precisiones sobre este punto.

Asimismo, una vez establecido el contenido del mandato constitucional al que hacíamos referencia en el párrafo precedente, se hará un estudio acerca del sistema de medios impugnatorios vigente y una breve reseña de las novedades introducidas sobre este tema en el Nuevo Código Procesal Penal, con particular incidencia en los Recursos de Apelación y de Casación.

2. EXIGENCIA CONSTITUCIONAL

En nuestro país, la base legal de la necesidad de establecer medios idóneos para solicitar un reexamen de la decisión tomada por el órgano jurisdiccional obedece a una exigencia constitucional, que se desprende de manera implícita a través del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva (Art. 139°. 3 de la Const. 1993) y a la vez, dando cumplimiento expreso, al Derecho a la Pluralidad de Instancia (Art. 139°. 6 de la Const. 1993).

Asimismo, éste reconocimiento Constitucional a la Pluralidad de Instancia, no se limita sólo a nuestra jurisdicción nacional, sino que también, es reconocida por distintos documentos internacionales, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su Art. 14.5[476], y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en su art. 8.2.h[477], los cuales por mandato Constitucional son vinculantes a

(476) Art. 14.5 del (PIDCP) 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".

(477) Art. 8.2.h (CADH) establece "Derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior"

nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo establece el Art. 55° y la 4ta. disposición final y transitoria de la Constitución Política Peruana[478].

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

Así, este reconocimiento nacional e internacional se justifica en razón que los recursos tienen un objetivo de cumplimiento al debido proceso. En ese sentido, apunta SAN MARTIN CASTRO cuando nos dice que la ley fundamental consagra cuatro exigencias en materia de recursos.(...) estos son: 1) control de legalidad de las resoluciones judiciales, tanto en lo resolutivo a la cuestión de fondo como en lo concerniente a las normas esenciales que disciplinan el proceso; 2) justicia, a través de la garantía de pluralidad de la instancia, en rigor, el doble grado de jurisdicción como mínimo necesario; 3) formación de la doctrina jurisprudencial que garantice la unidad del derecho material y procesal a nivel interpretativo; y, 4) tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los órganos judiciales[479].

Cabe precisar que, en cuanto a la interpretación de lo señalado por el Art. 14°.5 del PIDCP que regula de manera más detallada los términos en los cuales se hará efectiva la exigencia establecida, al señalar que *todo condenado tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidas a un tribunal superior*, se tienen que hacer un par de precisiones.

La primera precisión apunta a que tenemos que reconocer previamente que junto a nuestro sistema eurocontinetal, también coexiste el sis-

(478) Art. 55 de la Const. 1993, establece: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". 4ta. Disposición final y transitoria de la Constitución, señala: "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú".

(479) SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. (2da ed). Grijley E.I.R.L. Lima. 2003. p. 922.

tema anglosajón, y que entre ambos existen diferencias que son –hasta el momento- insalvables, siendo una de ellas que la justicia penal en nuestro país está encargado a *jueces profesionales* que tienen el deber constitucional de motivar sus fallos; en cambio, en el sistema anglosajón la justicia penal está encargada a *jueces legos* (no profesionales)[480], más conocido como *Jurado* quienes no tienen deber alguno de motivación.

En palabras de MAIER, dentro del sistema anglosajón y su particular estructura, sólo el imputado es el único legitimado para impugnar la sentencia que lo perjudica y en ese sentido lograr un nuevo juicio con lo cual se cumpliría la exigencia de la "doble conformidad" que es como se interpreta en dicho sistema la exigencia del artículo 14°.5 del PIDCP. En ese mismo sentido, en el caso que la sentencia sea absolutoria, la decisión deviene en inimpugnable[481], careciendo de legitimidad el Ministerio Público para oponerse a dicha absolución, toda vez que se reconoce que éste ya tuvo una oportunidad para lograr la condena y no pudo hacerlo, lo contrario violaría el principio de *ne bis in idem* que se entiende como *nuevo riesgo de condena*[482].

La redacción literal del artículo 14.5 del PIDCP ha llevado a afirmar a MAIER que esta garantía procesal (...) debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena contra una persona se necesite una

(480) Estados Unidos de Norteamérica es nuestro país de referencia, como claro exponente del Sistema Anglosajón, en dicho país, constituye un derecho de los ciudadanos, como participación en la vida de su país, no solo el votar y tener derecho a ser elegido también tienen derecho a formar parte de un Jurado.

(481) Ello se deriva del precedente Green vs. USA (1957) en donde se señala que "... es uno de los principios elementales de nuestro Derecho Penal que el Estado no puede obtener un nuevo juicio por medio de una apelación aún cuando la absolución pueda parecer como errónea..." citado por MAIER. Derecho Procesal Penal. T.I. Ob. Cit. p. 716.

(482) MAIER, Julio B. Derecho Procesal Penal. Ob. Cit. p. 633. Otra es la inteligencia del problema en el Derecho anglosa-sajón. Allí, en general, una interpretación más estricta de la prohibición de la múltiple persecución penal- *ne bis in idem*-, principio formulado como la prohibición de someter al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal (*double jeorpardy*), auxiliada por la inteligencia que reciben otros principios básicos del procedimiento penal, el juicio público ante jurados y la concepción del recurso del imputado contra la condena como una garantía procesal penal, impide conceder al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena, oportunidad sintetizada en el juicio ante el jurado. Tal circunstancia, implica básicamente, negación al acusador del recurso para obtener un nuevo juicio, por "injusto" que pueda ser presentado, en "apelación", el veredicto final del primero.

doble conformidad judicial, si el condenado la requiere[483], que trae como consecuencia que: primero, sólo serían recurribles las sentencias penales condenatorias; y, segundo, que tal derecho sólo le corresponda al condenado.

Se llega a afirmar incluso que interpretar esta garantía en perjuicio del garantizado [...] representa una hipocresía[484]. Dicha línea de argumentación no está libre de objeciones[485], que se derivan de olvidar que el referido artículo debe interpretarse a la luz de nuestros particulares sistemas jurídicos. MAIER también toma como base un sistema en el cual los juicios criminales están en manos de un *Jurado*, lo toma como una aspiración a cumplirse porque la Constitución de la República Argentina, reconoce expresamente dicho sistema de administración de justicia, en el cual – desde su particular punto de vista- no sería posible que el acusador tenga dos oportunidades para buscar una condena.

El carácter bilateral de los recursos, no se deriva de la inexistencia de un "único acusador"[486], sino de que en nuestro sistema jurídico la inter-

(483) MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal*. T.I. Ob. Cit., p. 714.

(484) Ibidem. p. 711.

(485) Véase en ese sentido lo afirmado por SAN MARTÍN CASTRO, cuando señala que "... no es posible asumir la tesis de MAIER arriba enunciada, en *primer lugar*, porque el principio de igualdad procesal, de directa relevancia Constitucional, impide aceptar que el acusador público y la víctima no puedan recurrir una sentencia absolutoria; en *segundo lugar* la tesis del "doble conforme" no se deduce linealmente del texto de la norma internacional, puesto que –a nuestro juicio lo que en puridad se exige es la necesaria habilitación de un recurso devolutivo, que permita someter la condena a un tribunal superior, en cuyo caso la decisión de condena que pueda surgir del Tribunal Superior habría sido tomada precisamente en un segundo enjuiciamiento, que es el núcleo duro esencial del PIDCP– ...". SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p. 933-934.

(486) Según MORENO CATENA, ese sería el fundamento de la bilateralidad o no de los recursos, a dicha conclusión se arriba cuando señala que "... en un contexto en que el único acusador es el propio Estado (a través del Ministerio Público) puede parecer absurdo reconocer a éste el mismo derecho a recurrir, en su caso, la sentencia absolutoria...". MORENO CATENA, Víctor y otros. El Proceso Penal. Vol. V. Tirant lo blanch. Valencia. 2000. p. 3143. En el mismo sentido MONTERO AROCA, JUAN. *Los Recursos en el Proceso Penal Español (en: La Reforma de la Justicia Penal*. Libro Homenaje a Klaus Tiedeemann. Coordinadores Gómez Colomer, Juan Luis y otros. Publicación de la Universitat Jaume. 1997. p. 368. La falta de corrección de esta postura la encontramos en que a pesar de que en nuestro sistema el monopolio del ejercicio de la acción penal la tiene el Ministerio Público, a diferencia de lo que sucede en España (donde coexiste la acusación popular), sin que ello signifique, en modo alguno, que sea "absurda" la idea de reconocerle legitimidad al Fiscal para impugnar una sentencia que le cause agravios.

pretación se debe realizar teniendo en cuenta, necesariamente el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el Art. 2°.2 de la Const. 1993 e incorporado al proceso penal mediante el principio de igualdad de armas. Por ello, es imperioso realizar siempre un esfuerzo de lectura constitucional que, de manera sistemática y orientada a fines, nos lleve a afirmar junto a MORENO CATENA que por razones de igualdad procesal de las partes, una vez establecido el recurso, no sería posible excluir a la acusación del acceso al mismo[487]. En ese sentido, se debe considerar al recurso no sólo una garantía para el condenado (como se podría entender literalmente), sino también, para el Acusador y la propia Víctima, pudiendo ellos recurrir frente a una sentencia que le cause agravio.

Con ello queda establecido, como señala acertadamente CAFFERATA NORES que el recurso se concibe como un *medio de control* de la corrección fáctica y jurídica de las resoluciones jurisdiccionales, *acordado con sentido "bilateral", es decir, tanto el acusador como al acusado*, y con un sentido de equidad[488]. (Las cursivas son nuestras).

La segunda precisión a realizarse es la referida a qué medio de impugnación hace referencia el artículo 14°.5 del PIDCP para que se considere satisfecho el alcance de dicho artículo cuando prescribe que "*el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior*". Siguiendo a DOIG DIAZ, podemos afirmar que tal y como está redactado dicho precepto, se presta hasta tres interpretaciones diferentes, según sea el énfasis- mínimo, medio o máximo- que se ponga en asegurar las garantías del procesado. Si el énfasis es mínimo, bastará con entender que la sentencia debe ser sometida a un tribunal superior. Si es medio, el acento se pondrá en la necesidad de una apelación que revise el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena, sin los límites que contiene la casación. Por último, si se trata del máximo grado de garantismo, se propone que el artículo 14°.5 ~~sea inter~~pretado como el derecho del imputado a tener un juicio doble, entendido como doble juicio en caso de condena[489].

(487) MORENO CATENA, VICTOR y otros. Ob. Cit. p. 3147.

(488) CAFFERATA NORES, José. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Ob. Cit. p. 179.

(489) DOIG DIAZ, Yolanda. *El Recurso de Apelación contra Sentencias* en; CUBAS VILLANUEVA, Victor y otros. *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Palestra Editores. Lima 2005. pp. 545-546.

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

Lo óptimo, en nuestro sistema, sería interpretar el artículo 14°.5 del PIDCP en el *énfasis medio*, porque no se puede considerar que cualquier sometimiento a un tribunal superior signifique cumplir con dicha exigencia. Afirmar que el énfasis es mínimo sería considerar, por ejemplo, que sólo instrumentando el Recurso de Casación – con todas las limitaciones para el acceso a éste, que se condicen con su naturaleza extraordinaria, ya se cumpliría el mandato impuesto por el Pacto de New York[490].

Así lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando señala que "... se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8°.2.h de dicho Tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir el fallo."[491]

En nuestra legislación vigente en la mayoría de Distritos Judiciales, coexisten como medios impugnatorios: el Recurso de Apelación, el Recurso de Nulidad y el Recurso de Queja, que debido a su estrecha configura-

(490) En España, por ejemplo, conviven delitos de doble instancia (delitos leves) y delitos de única instancia (delitos graves), con ello se llega a una doble "paradoja antigarantista" [en terminología de GIMENO SENDRA], porque *primero* en materia civil existe una doble instancia generalizada; y, *segundo*, que el recurso de apelación procede en sentido inversamente proporcional a la gravedad del delito. En ese sentido, en contra del parecer mayoritario del Tribunal Constitucional Español, y siguiendo a una minoritaria pero sólida postura, consideramos que la Casación – debido a lo limitado de su actuación- no cumpliría con la exigencia del Pacto y por ello sería recomendable el establecimiento de la apelación para todos los delitos.

(491) Numeral 161. Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 02 de julio de 2004. Sentencia de fondo, Herrera Ulloa vs. Costa Rica. En esa misma sentencia se señala en el Numeral 164 que "... la posibilidad de "recurrir el fallo" debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho..." y [que] "... independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida..." Numeral 165.

ción no satisfacen el *énfasis medio* al que hacíamos referencia. En cambio, el nuevo ordenamiento procesal penal estatuye todo un sistema de medios impugnatorios que se condicen plenamente con la exigencia contenida en el Pacto, en ese sentido se puede afirmar junto con DOIG DIAZ que el diseño que realiza la norma procesal penal peruana [en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004] se corresponde con una lectura garantista del art. 14°.5 PIDCP, a diferencia del modelo que consagra el aún vigente Código de Procedimientos de 1940[492].

3. CONCEPTO DE RECURSOS

Los Recursos son aquellos actos procesales en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial solicita, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos computados a partir de la notificación de aquélla, que el mismo órgano que la dictó, u otro superior en grado, la reforme, modifique, amplíe o anule.

En efecto, debido a que en el proceso penal tenemos una lucha de intereses contrapuestos, el amparar uno u otro interés va a ocasionar la disconformidad – y posible agravio- de aquél que no se vio favorecido con la resolución emitida. En ese sentido, el sujeto perjudicado va a buscar la forma de oponerse a que dicha resolución adquiera la calidad de Cosa Juzgada y en consecuencia evitar el efecto de inmutabilidad de ésta[493].

Dicha oposición se materializa a través de los recursos (dentro de sus distintas clasificaciones), como un instrumento jurídico que busca cambiar una decisión judicial por una nueva, en cumplimiento con el Principio de Legalidad, el cual exige, resoluciones acordes a la ley.

(492) DOIG DIAZ, Yolanda. Ob. Cit. p. 346.

(493) El efecto de inmutabilidad que se alcanza como cosa juzgada, encuentra la excepción con la acción de revisión regulada en nuestro NCPP 2004, según la cual se puede interponer esta acción contra las sentencias condenatorias firmes y sólo a favor del imputado. En ese sentido tal como lo señala DIAZ MARTINEZ, Manuel. *La Acción de Revisión*. (en) CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. *El Nuevo Proceso Penal*. Palestra Editores. Junio 2005. p. 566: Pese a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal califique como "recurso" a la revisión, en puridad, no estamos ante el ejercicio de medio de algún medio de impugnación, sino más bien un proceso nuevo e independiente en el cual se ejercita una *acción de impugnación autónoma*.

4. FINALIDAD

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

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

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

Dentro de esta última consecuencia, es importante señalar el objetivo, contenido y vigencia del principio de la prohibición de la *reformatio in peius* o reforma en Peor, para entender el verdadero alcance de éste.

Así tenemos que, en palabras de CLAUS ROXIN, el *objetivo* de éste principio reside en que se debería lograr que nadie se abstenga de la interposición de un recurso por el temor de ser penado todavía más gravemente en la instancia siguiente[494]. De ello se deriva su contenido que debe estar en función de quien recurre el fallo. Se pueden individualizar tres supuestos: a) si es interpuesta sólo por los acusados o tercero civil: el *Juez A Quem* sólo podrá confirmar la resolución recurrida, reducir la pena o la reparación civil, o en el mejor de los casos absolver; b) con respecto a los demás sujetos no recurrentes, sólo si se trata de una decisión favorable, el resultado se extiende; y, c) si es interpuesto por el Ministerio Público o la parte civil, lo máximo que se puede lograr es un aumento en la pena o en la reparación civil, respectivamente.

Con referencia a la vigencia de la *Reformatio In Peius* tenemos que, como señala SAN MARTÍN CASTRO, la Corte Suprema aplicando literal y aisladamente el antiguo Art. 300° del CdePP 1940, desde siempre y uniformemente, había sentado la doctrina jurisprudencial consistente en que el poder de revisión que le concedía la ley no estaba en función de quien recurría un fallo o de quien se conformaba con él, ni necesariamente del objeto del recurso, sino de la naturaleza del hecho punible objeto de instrucción y juicio y que recién entre Noviembre y Diciembre de 2000, en la Corte Suprema – un vocal provisional- vino a quebrar esa sólida unanimidad[495], que derivó finalmente en el reconocimiento de dicho principio en el ámbito normativo con la modificación operada en el año 2004 en el artículo 300° del CdePP, con el Decreto Legislativo N° 959, en el que se establecen los lineamientos a seguir.

5. CARACTERÍSTICAS

1° Se dirigen contra una resolución judicial, de manera que resultan excluidos de su ámbito los actos del juez desprovistos de carácter decisorio y los actos procesales de las partes, cuya impugnación debe,

(494) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del puerto. Buenos Aires. 2000. p. 455.

(495) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p. 942 / 944. Asimismo, ese mismo año, se dio el acuerdo plenario de los Vocales Superiores de la República N° 6/2000, incardinándose en una concepción uniforme de la doctrina procesalista sobre la materia, estimó – en su decisión segunda- que era de rigor proscribir la reforma de las sentencias en perjuicio de los sentenciados, cuando ellos son los únicos impugnantes.". p. 944.

como regla, canalizarse a través del incidente de nulidad o llamados nulidad de actos procesales regulados en el libro segundo la actividad procesal del NCPP 2004.

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

3° El hecho de que sea interpuesto dentro del mismo proceso en el que se dictó la resolución impugnada y antes de que, a raíz del vencimiento de los plazos legales previstos para deducirlos, aquella haya adquirido eficacia de cosa juzgada o se encuentre preclusa.

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

5° La existencia de un gravamen para el recurrente, circunstancia que concurre, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, frente a la ausencia de concordancia, total o parcial, entre lo resuelto y lo solicitado por aquél.

6. REQUISITOS

6.1. Admisibilidad

Puede decirse que un recurso es admisible cuando posibilita el examen de los agravios invocados por el recurrente y, por consiguiente, la emisión de un pronunciamiento acerca del fondo o mérito de las cuestiones sobre que aquéllos versan.

Los requisitos de admisibilidad de los recursos atienden -como ocurre con todo acto procesal- a los sujetos que intervienen en su interposición, sustanciación y resolución, al objeto sobre el que versan y a la actividad que involucran, debiendo esta última analizarse en sus dimensiones de lugar, tiempo y forma.

a. Requisitos subjetivos

i. Personas Facultadas para Recurrir (Legitimación Activa).- En general, son las partes de un proceso (Ministerio Público, parte civil,

defensa, imputado, etc.) las que se encuentran facultadas para interponer recursos, ya sea porque la ley les otorga éste derecho de manera expresa o implícitamente -sin realizar distingo entre ellas-. En segundo lugar, y de manera indisoluble, la ley requiere que la parte recurrente haya sufrido un agravio; es decir, que no cualquier parte procesal puede recurrir determinada resolución judicial, sino sólo aquella que tenga un interés para ello, requisito que analizaremos a continuación.

ii. *Existencia de Interés* - Cuando analizamos el tema referido a la exigencia constitucional (véase punto 2), concluimos que el derecho al recurso no es exclusivo de ningún sujeto procesal. De ello se desprende que la legitimación activa está en relación directa al agravio sufrido, porque quien es afectado por una resolución que lo perjudica, tiene un interés jurídicamente protegido en su corrección, por cuya causa tendría que concedérsele la posibilidad de recurrir tal fallo. Por ello, el agravio es un requisito imprescindible o presupuesto material para que determinado sujeto procesal sea considerado sujeto legitimado.

En ese orden de ideas, tienen legitimidad activa:

- *El imputado*, con la única condición que su intervención se derive del hecho de haber sufrido agravios. De ello se desprende que puede impugnar cualquier tipo de sentencia o auto, salvo las que le sean favorables, por ejemplo, la sentencia absolutoria.
- *El Ministerio Público*, como titular de la acción penal y defensor de la legalidad, puede interponer recurso, con la misma limitación referida al imputado. En este punto se debe recalcar que el Código Procesal Penal de 1991 y el Código Procesal Penal del 2004, reconocen expresamente la posibilidad de que el Ministerio Público pueda impugnar – incluso- a favor del imputado.
- *La Parte Civil*: en principio, la legitimidad activa para interponer algún medio impugnatorio de los agraviados se encuentra condicionada a la constitución como parte civil en el proceso penal; constitución que opera ante el pedido por escrito de los

autorizados por ley ante el juez competente y éste mediante auto motivado resolverá la admisión o no de dicha constitución. La excepción a esta condición, es la referida a que el agraviado está legitimado para interponer algún medio impugnatorio exclusivamente referido a la inadmisión como parte civil en el proceso. Además la parte civil sólo está legitimada para interponer medios impugnatorios referidos exclusivamente a su pretensión civil y las resoluciones conexas que tengan que ver con dicha exigencia. Por lo tanto, le está vedado interponer algún medio impugnativo con respecto al extremo de la pena. Solo en el caso de sentencia absolutoria, le está permitido impugnar ese aspecto porque su pretensión civil sólo se verá satisfecha si se condena al imputado.

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

b. *Requisitos Objetivos*

Estos son idoneidad y jurídicamente posibles

6.2. Fundabilidad

Es fundado cuando, en virtud de su contenido sustancial, resulta apropiado para la obtención de una resolución que, por vía de reforma, modificación, ampliación o anulación, sustituya a la impugnada.

Entonces, el examen de los requisitos de admisibilidad debe comportar una operación necesariamente previa respecto al examen de fundabilidad o estimabilidad, y que un juicio negativo sobre la concurrencia de cualquiera de los primeros descarta, sin más, la necesidad de una decisión relativa al mérito del recurso.

7. EFECTOS DE LOS RECURSOS

La interposición de un medio impugnatorio o recurso[496] produce diversos efectos en el Proceso Penal y entre ellos tenemos:

a. *Efecto Devolutivo:* importa la posibilidad de trasladar una competencia funcional al Juez *Ad Quem*, por parte del Juez Ad Quo, sobre el objeto de la impugnación[497]. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento procesal, si el recurso se planteó contra una resolución emitida por un juez penal (*juez a quo*), le corresponderá conocer como juez *a quem* a la Sala Superior Penal, ello de acuerdo a los criterios de competencia funcional establecidos en el NCPP 2004[498].

b. *Efecto Suspensivo:* tiene que ver con que la eficacia de la decisión impugnada es impedida por la interposición del recurso, por ello este efecto posibilita la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida en el marco del acto impugnado. Este efecto, sin embargo, a pesar de ser consustancial al sistema de recursos, no es aplicable en la mayoría de casos, en ese sentido se pronuncia el NCPP de 2004, que en su artículo 412° regula la ejecución provisional[499]. Aquí es conveniente destacar, siguiendo a SAN MARTÍN CASTRO, que el problema del efecto suspensivo del recurso debe estudiarse en su directa incidencia con los derechos a la libertad, la presunción de inocencia y sus manifestaciones y, por el contrario, con el derecho del Estado

(496) A efectos prácticos en el presente trabajo utilizaremos ambos términos (medios de impugnación y recursos) como sinónimos, sin desconocer la diferencia que nos hace notar SÁNCHEZ VELARDE cuando afirma que "... en la praxis judicial se utilizan tanto el termino impugnación como recurso, aún cuando éste último pueda a su vez expresar cualquier pedido que se haga ante el juez, podemos afirmar entonces que la impugnación aparece como el derecho que tiene la parte que se siente afectada por la resolución judicial y el recurso (de impugnación) como la forma de hacer valer este derecho...". SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. IDEMSA. Lima – Perú. 2004. p. 657.

(497) El único Recurso no devolutivo, en nuestro sistema, es el Recurso de Reposición previsto en el nuevo Código Procesal Penal 2004 (Decreto Legislativo N° 957) y en el Código de Procesal Civil – aplicable de manera supletoria- en el Artículo 362° y 363°, en donde es el mismo Juez que dictó la resolución, el que examina nuevamente cuando ésta es cuestionada.

(498) Lo encontramos regulado en los Artículos 26° al 28° del NCPP 2004, en el que se determina la competencia funcional para conocer los medios impugnatorios.

(499) El artículo 412° señala que salvo disposición contraria de la ley, la resolución impugnada se ejecuta provisionalmente y que en el caso de resoluciones que dispongan la libertad del imputado no podrán tener efecto suspensivo. (el subrayado es nuestro)

a asegurarse, dentro de los límites legales, la ejecución posible tras el recurso[500], para diferenciar los casos en los cuales se justifica plenamente que la resolución recurrida no suspenda sus efectos, por ejemplo, en el caso de una sentencia absolutoria, la interposición de un recurso de apelación de sentencia, en ningún modo, debe impedir la excarcelación del absuelto. Si, por el contrario, se tratara de resoluciones condenatorias, su ejecución se mantendrá en suspenso durante el plazo en que se pueden recurrir y, en caso de serlo, hasta la decisión del recurso[501].

c. *Efecto Extensivo:* Éste nos indica que por la naturaleza pública del Proceso Penal, surge un efecto por el cual, en *primer lugar*, los sujetos procesales que no recurrieron la resolución objeto de impugnación podrán participar activamente en el proceso recursivo, a ello se le denomina efecto extensivo de la impugnación; y, en *segundo lugar*, que el Juez revisor puede extenderse, más allá de lo solicitado, por uno de los recurrentes (en cuanto al número de personas como también a aspectos no considerados en la impugnación), abarcando con ello, a los sujetos procesales no recurrentes, pero sólo cuando ésta les favorezca. Y ello, en virtud también del principio de prohibición de la *reformatio in peius*. Este efecto sólo puede ser posible, cuando existe una pluralidad de sujetos procesales con un interés afín, y que el recurso interpuesto por uno de los procesados no se funde exclusivamente en motivos personales, a este efecto se le denomina efecto extensivo de la resolución impugnada. Un ejemplo del efecto extensivo en ambos supuestos (de la impugnación y de la resolución) del recurso lo tenemos en el caso que sólo interponga apelación el tercero civil y logre una rebaja del monto indemnizatorio, a pesar que el imputado no recurrió dicha resolución, tendrá *en primer lugar* la posibilidad de participar activamente en el procedimiento recursal (presentando alegatos, solicitando informe oral, etc.); y, en *segundo lugar* si la decisión final le favorece también tendría que beneficiarse con ello[502].

(500) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p. 958.

(501) MORÓN REDONDO, Alberto. *Los Medios de Impugnación*. (En) MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional III*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. p. 374.

(502) Este efecto extensivo, es la excepción del principio de personalidad de la impugnación.

d. *Efecto diferido:* Este tipo de efecto recursal, procede en los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicta auto de sobreseimiento sobre alguno de ellos estando pendiente el Juicio de los demás. Si se presenta algún medio impugnatorio y éste es admitido, regularmente correspondería que se eleven los actuados inmediatamente al *Juez A Quem* para que resuelva, pero este efecto indica que la remisión no se realizará de manera inmediata, sino que se esperará hasta que se dicte sentencia contra los otros imputados, buscando con ello, evitar interrupciones al procedimiento principal[503], dejando a salvo la posibilidad de obviar este efecto diferido si se le ocasiona grave perjuicio a alguna de las partes.

8. CLASIFICACIÓN

En primer lugar podemos clasificar a los recursos atendiendo a la existencia o no de limitaciones en las causas o motivos de oposición susceptibles de fundamentar la pretensión impugnatoria, así tenemos:

a. *Ordinarios:* Que son aquellos que proceden libremente, sin motivos o causales tasados por la ley. Que van dirigidos contra resoluciones que no tienen la condición de Cosa Juzgada, es decir, que el proceso esté abierto o en trámite. Entre ellos: el Recurso de Apelación, el Recuso de Nulidad, el Recurso de Queja y el Recurso de Reposición.

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

A su vez, SANCHEZ VELARDE señala que la moderna doctrina viene admitiendo el término "medio de impugnación" como género y remedios, recursos y acciones como especies diferenciables[504], así tenemos,

justificado en razón, al carácter público del Proceso Penal, señalado en el Art.408° del Código procesal penal de 2004.

(503) Este efecto se incluye dentro de los Recursos sin efecto suspensivo, el cual es reconocido por el Art. 410° del código de 2004.

(504) SANCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. Cit. p. 861-862.

otra posible clasificación de los medios impugnatorios de acuerdo a sus objetivos:

a. *Remedios:* Reside en que el perjuicio se produce por concurrencia de determinadas anomalías, que puede remediar la misma autoridad jurisdiccional que conoce o conoció el proceso. Entre estos tenemos al recurso de Reposición.

b. *Recursos:* Estos consideran la parte efectivamente injusta de la sentencia y buscan que un Tribunal de categoría superior finalice la actividad del inferior, que revoca o confirma la resolución impugnada. Entre ellos tenemos a la Apelación, Queja, Nulidad y Casación.

c. *Acción:* Este medio impugnatorio ataca la cosa juzgada, que se materializa en el denominado recurso extraordinario de Revisión.

Asimismo, los medios de impugnación se pueden clasificar por sus efectos[505] en: suspensivo o no, de trámite inmediato o diferido, y devolutivo o no devolutivo.

La clasificación que realizaba el CdePP 1940, aún vigente en Lima, "pese a no existir una normatividad conjunta sobre los medios impugnatorios en nuestro ordenamiento procesal penal"[506], es la siguiente:

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

El Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (Art. 413°), realiza una sistematización de los medios impugnatorios, señalando los siguientes:

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

Delimitando el contenido del presente estudio, nos limitaremos a analizar los medios impugnatorios recogidos por el NCPP 2004, realizan-

(505) SAN MARTIN CASTRO, César. Ob. Cit. p. 961.
(506) SANCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. Cit. p. 865.

do un análisis comparativo con la regulación del CdePP de 1940, resaltando los cambios efectuados, aciertos y desatinos. Asimismo, debido a lo novedoso – para nuestra realidad- de los Recursos de Apelación y de Casación, los desarrollaremos con mayor amplitud.

8.1. Recurso de reposición

El recurso de reposición a diferencia de los demás recursos no tiene efecto devolutivo, por lo que la persona que lo resolverá no será el superior en grado, esto tiene su fundamento en la simplicidad del trámite debido a la importancia de las resoluciones que son materia de este recurso.

En el Código de Procedimientos Penales el recurso de reposición no estaba previsto como un recurso taxativamente establecido, por lo que la práctica impuso que se aplicara supletoriamente el texto único ordenado del Código de Procesal Civil en atención a los artículos 362° y 363°, que regulaba este medio impugnatorio en el proceso civil[507].

Esta falta de regulación viene a ser cubierta por nuestro nuevo sistema procesal, así se define a este recurso de reposición en sede penal como un recurso ordinario, no devolutivo, dirigido contra resoluciones jurisdiccionales, por el cual el agraviado reclama al mismo tribunal que dictó el pronunciamiento su revocación o modificación.

8.1.1. Ámbito de aplicación

El recurso de reposición procede contra los decretos, a fin de que el Juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda.

(507) Reposición Artículo 362.- Procedencia.- El recurso de reposición procede contra los decretos a fin de que el Juez los revoque.
Artículo 363.- Trámite.-
El plazo para interponerlo es de tres días, contado desde la notificación de la resolución.
Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es notoriamente inadmisible o improcedente, lo declarará así sin necesidad de trámite. De considerarlo necesario, el Juez conferirá traslado por tres días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.
Si la resolución impugnada se expidiera en una audiencia, el recurso debe ser interpuesto verbalmente y se resuelve de inmediato, previo traslado a la parte contraria o en su rebeldía.
El auto que resuelve el recurso de reposición es inimpugnable.

Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.

8.1.2. Tramitación del recurso

Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente inadmisible, lo declarará así sin más trámite.

Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas. Si el Juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.

¿Se puede impugnar la Reposición?

No, al respecto el Art. 415°.3 del NCPP señala que: "...el auto que resuelve la reposición es inimpugnable".

8.2. Recurso de apelación

En párrafos precedentes, resaltamos la necesidad de contar con un medio impugnatorio que cumpla con los estándares mínimos exigidos por normas internacionales. Expresamente hacíamos referencia al artículo 14°.5 del PIDCP, señalando que dentro de nuestro sistema el derecho al recurso debe entenderse en un *énfasis medio* que implica que en el proceso impugnatorio el juez debe tener la posibilidad de revisar el hecho, la culpabilidad, la tipificación y la pena sin más límites que los establecidos por el recurrente en su escrito de impugnación.

En ese sentido el recurso de apelación viene a ser el medio impugnatorio por excelencia – debido a la amplia libertad de acceso a éste- al que se le encomienda la función de hacer efectivo el tan mentado derecho al recurso[508]. Y ello porque frente al posible error judicial por parte del *Juez Ad*

(508) En sentido contrario, se pronuncia DE LA OLIVA SANTOS, cuando señala que se inclina a considerar "...más prudente y hacedora la opción de configurar el doble grado jurisdiccional penal con las limitadas finalidades de revisar el juicio jurídico... pero sin permitir una segunda valoración de la prueba..." DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *El Derecho a un*

Quo en la emisión de sus resoluciones, surge la apelación con el propósito de remediar dicho error, llevado a cabo ante el *juez ad quem*, quien va a poder realizar un análisis fáctico y jurídico sobre la resolución impugnada.

El derecho al recurso- y en este caso, la apelación- debe estar orientado, tal como señala GARCÍA RAMÍREZ, a proteger los derechos humanos del individuo y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no sólo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior – que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales—debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ella[509].

Pero la existencia del mencionado recurso nada nos dice acerca del contenido y alcance de éste. Así tenemos, que el *cómo* proceder va a estar determinado por el sistema de apelación que se acoja. En sentido podemos señalar que existen dos sistemas de apelación, que diseñan cual es el alcance, contenido y objetivos de la apelación.

8.2.1. Los sistemas de apelación

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

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

Recursos. Los problemas de la única instancia. (en) Revista Tribunal de Justicia N° 10. 1997. p. 980.

(509) Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez. Numeral 31.

8.2.1.1. Apelación plena

Este sistema nace en Alemania en 1977, con la Ordenanza Procesal Civil Alemana (ZPO), aplicable también al proceso penal, en la que se establecen las características fundamentales que informan éste sistema.

Este sistema de Apelación en su estado más depurado, implica, siguiendo a GIMENO SENDRA, tres características[510]:

- Que la apelación es una mera continuación de la primera instancia, que significa un *novum iudicium* encaminado a obtener una segunda decisión judicial sobre la controversia inicialmente deducida ante la Jurisdicción.
- Que el material instructorio de la segunda instancia se nutre tanto del que fue aportado en el primer grado como del novedosamente introducido en la fase de impugnación, admitiéndose nuevos hechos y medios de prueba, y hechos y medios de prueba anteriores no utilizados, por ello se reconoce el llamado *"ius novorum"* en apelación que comprende tanto los *nova producta* (materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en primera instancia), como los *"nova reperta"* (materiales anteriores a ese momento pero que no pudieron utilizarse por tomar la parte conocimiento de los mismos con posterioridad) y los *"nova allegata"* (materiales no utilizados voluntariamente en el primer proceso).
- Que la sentencia de apelación contiene un segundo pronunciamiento sobre la controversia, que implica aceptar que la sentencia decisora de la apelación se pronuncia de nuevo sobre el objeto del proceso y que el tribunal de segunda instancia puede llegar a un pronunciamiento distinto del declarado en la resolución apelada con independencia o no del acierto o corrección de ésta última, por ello, ROXIN señala que en consonancia con el objeto de la apelación, en la audiencia oral [...] no se examina solamente *si la decisión de la primera instancia era correcta o no lo era* [y] por ello la instancia de apelación es, en cierto modo, una segunda primera instancia[511].

(510) GIMENO SENDRA, p. 410 y siguientes.

(511) ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 461.

Cabe apreciar, que la característica más saltante del sistema pleno – sin desconocer la importancia de las otras dos características -, viene constituida por la libertad en la aportación y actuación de nuevos medios probatorios, en ese sentido se pronuncia la doctrina alemana cuando se menciona, al describir el sistema acogido en dicho país, que "se admite ilimitadamente nuevos medios de probatorios"[512]. Y es también en esa característica, donde se han dirigido las principales críticas[513].

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

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

8.2.1.2. Apelación limitada

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

En efecto, el sistema de apelación limitado tiene en su versión más pura, y siguiendo nuevamente a GIMENO SENDRA, tres características que lo diferencian sustancialmente del sistema anterior[514]:

(512) ROXIN, Claus. Ob. Cit., p. 460.

(513) En sentido crítico se pronuncia GIMENO SENDRA cuando señala que la introducción en segunda instancia de nuevos medios de ataque y de defensa que pudieron ser utilizados en la primera, hace perder a los litigantes un grado jurisdiccional, porque en base a dichas novedosas alegaciones no se dictará sino una única solución [...] de forma que para salvaguardar la garantía de la doble instancia en estos casos, una de dos, o se instaura una tercera instancia limitada – con lo que no se habrían cosechado sino dilaciones– o una cadena infinita de instancias plenas...". GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit. p. 418.

(514) GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit. p. 410 y siguientes.

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

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

En ese sentido, se señala, como una ventaja, que éste produce un *efecto pedagógico*[515] que postula que los litigantes tendrán que hacer uso de todos los medios probatorios a su alcance y no esperar utilizarlos en una segunda instancia, porque ésta no los permitirá. Asimismo, se señala que sólo este modelo lograría que no se pierda *un grado jurisdiccional* porque en base a dichas novedosas alegaciones no se dictará sino una única solución [...] de forma que para salvaguardar la garantía de la doble instancia,

(515) GIMENO SENDRA resalta este efecto cuando señala que éste "... nutre la mentalidad de los litigantes con la obligación de exponer en primera instancia, abiertamente, con claridad y exhaustividad, los argumentos que tengan a su disposición para fundamentar las respectivas pretensiones, en la conciencia de que, en otro caso, se verán impedidas en el futuro de hacer valer aquellos fundamentos que han omitido voluntariamente...". GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. Cit. pp. 420-421.

en esos casos, una de dos, o se instaura una tercera instancia limitada – con lo que no se habrían cosechado sino dilaciones- o una cadena infinita de instancias plenas[516].

8.2.1.3. Sistema de apelación peruano

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

Para ello, es necesario recalcar que los sistemas anteriormente descritos difícilmente los encontraremos en su versión más pura, sino que la mayoría de países han tomado características de ambos sistemas adaptándolos a su particular estructura del proceso penal, es decir, a través de la reforma que ambos modelos vienen sufriendo se ha dado paso a un sistema mixto[517].

El Legislador nacional no ha sido ajeno a la configuración mixta de ambos sistemas, optando, en principio, por un modelo de apelación limitada pero con aplicaciones moduladoras del modelo apelación plena[518].

Así tenemos que la apelación –según la regulación implementada por el NCCP del 2004– está configurada de la siguiente forma[519]:

(516) GIMENO SENDRA, VICENTE. Ob. Cit. p. 418.

(517) Con excepción del Sistema Chileno quien en su proceso de reforma ha decidido eliminar el recurso de apelación, pues tal como se ha señalado en el mensaje de Proyecto Ejecutivo, un recurso configurado de esa manera resulta, en general, incompatible con el nuevo sistema acusatorio. La Cámara de Diputados, señaló en ese sentido que, la contradicción se da entre el recurso de apelación y los principios de inmediación y oralidad; pues, el recurso tal como se encuentra regulado no permite el juicio oral, pues la oralidad del procedimiento requiere que el máximo poder de decisión recaiga en el Tribunal que conoce del juicio oral, pues si se va a otorgar ese poder a un Tribunal que conoce del caso por la lectura del expediente y no por el juicio oral entonces, se estaría dando mayor preferencia al juez que conoce menos ante el juez que tiene mayor información. Ver: HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2002. p. 354 y ss.

(518) Al respecto nos dice, DOIG DIAZ: "... al instaurar la segunda instancia, el legislador peruano ha optado por el modelo de apelación limitada pero con modulaciones frente al modelo pleno, que postula, en lo sustancial, la reproducción del juicio oral.". DOIG DIAZ, Yolanda. *"El Nuevo Proceso..."*, p. 549

(519) El Código Procesal Penal de 1991, pese a constituir un cambio de la legislación vigente en muchos aspectos y sistematizar en un solo acápite los medios impugnatorios, no difiere en

- En cuanto a la primera característica, tenemos que la apelación en el NCPP se concibe como una continuación del juicio de primera instancia, estatuyéndose una verdadera segunda instancia, la cual se realizará cumpliendo las garantías de oralidad, contradicción, inmediación, etc. porque se establece el "juicio de apelación", en el caso que se haga valer el derecho al recurso. Esto a diferencia del C de PP 1940, aún vigente en Lima, que concibe la apelación como un juicio de revisión de la resolución impugnada y no como una continuación de ésta, por ello no se realiza audiencia de apelación.
- En cuanto a la posibilidad de introducción de medios probatorios ante el Juez *a quem*, ésta se encuentra más flexible y cercana al sistema pleno sin llegar a acogerlo por completo, en el sentido que se permite la introducción de nueva prueba, pero limitada a aquélla que no se pudo aportar y/o actuar, por causa no atribuible al sujeto que impugna; perdiendo sentido las críticas formuladas al sistema pleno por la plena – valga la redundancia- libertad de aportación y actuación de medios probatorios reconocidos en ese sistema. Esta característica es a la vez otra diferencia con la regulación del C de PP 1940, que limitaba seriamente la posibilidad de introducción de medios probatorios ante el Juez *a quem*, tal como lo señala SAN MARTÍN CASTRO "la actuación de pruebas no está expresamente permitida, salvo el caso de la prueba documental"[520], con lo cual se omite la característica más saltante del sistema pleno.
- Finalmente, en relación a la tercera característica, también en este sistema se permite que el juez a quem, tenga competencia, no solo para revisar la legalidad de la resolución tomada, sino para convertirse en Juez de mérito, con la diferencia – respecto a la regulación vigente- que el juez revisor tiene amplias facultades de decisión, pudiendo incluso condenar al absuelto, ello se deriva de la existencia de la "audiencia de apelación" y la posibilidad de aportar nuevos medios probatorios con las limitaciones señaladas.

cuanto al sistema de apelación acogido por el legislador de 1940 y asume una apelación limitada.

(520) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. Cit. p.974.

Tal como se puede apreciar, nos encontramos en una etapa de transición de un sistema mixto con preeminencia del sistema limitado hacia un sistema mixto con preeminencia del sistema pleno; que permita superar las críticas dirigidas a éste. Es decir, se está dejando de lado un sistema de apelación limitada –que adopta el CdePP 1940- para dar paso a un nuevo ordenamiento procesal que otorga mayores garantías[521] para el cumplimiento de la "instancia plural" a la que hace referencia la exigencia constitucional; y en ese sentido, la instauración de una segunda instancia generalizada respetuosa de los estándares internacionales se muestra como posible.

8.2.2. Ámbito de aplicación

En este punto vamos a analizar cuál es el acto impugnable mediante el recurso de apelación. En ese sentido el NCPP 2004, a diferencia del CdePP 1940, sistematiza en el Libro Cuarto los medios impugnatorios estableciendo en ese sentido las resoluciones impugnables[522]:

- *Sentencias,* emitidas por el Juzgado de Paz Letrado o el Juzgado Penal, Unipersonal o Colegiado.
- *Autos,* emitidos por el Juzgado de Paz Letrado, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juzgado Penal, Unipersonal o Colegiado:
  - Autos que resuelvan incidentes (excepciones, cuestiones previas o prejudiciales)
  - Autos que resuelvan constitución de sujetos procesales.
  - Autos referidos a la adopción, variación o cese de medidas cautelares.
  - Que resuelvan el sobreseimiento.
  - Autos que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o instancia.

(521) En ese sentido MONTERO AROCA señala que "... partiendo de los principios de la realización de la instancia conforme a los principios de la oralidad e inmediación, la alternativa es clara: o no existe recurso de apelación limitado o ese recurso ha de consistir en reiterar el juicio oral, de modo que el tribunal del recurso forme su convicción atendiendo a las pruebas que se han realizado en su presencia...". MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. p. 375-376.

(522) Ver Artículo 416° del NCPP 2004.

- Autos que revoquen la reserva del fallo condenatorio, la condena condicional o la conversión de la pena; y
- Los autos expresamente declarados apelables o que causen agravio irreparable.

8.2.3. Trámite del recurso de apelación

El NCPP del 2004, como ya se mencionó, regula sólo un medio impugnatorio ordinario que está referido a sentencias y autos, denominado apelación. En este punto, analizaremos las novedades en el trámite, que nos trae el nuevo ordenamiento procesal en éste tema:

El primero está referido a la competencia para conocer este recurso, que está reservada para la Sala Superior, salvo las resoluciones emitidas por Juzgado de Paz Letrado, en cuyo caso conoce el Juez Unipersonal.

El efecto de interposición de este recurso, implica que se suspenden los efectos de las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin al proceso; sin que sea obstáculo para que el imputado, de ser el caso, recobre su libertad porque el Art. 412° del mismo cuerpo normativo señala expresamente que cuando se disponga la libertad del imputado, a pesar de interponerse algún medio impugnatorio, no se podrá suspender la excarcelación.

Los votos para decidir acerca de la impugnación planteada son dos.

Asimismo, se impone una exigencia adicional que señala la carga de fijar domicilio en la sede de la Corte de Apelación, y que en caso de incumplimiento, se le considerará notificado en la misma fecha de expedición de las resoluciones.

8.2.3.1. Trámite para apelación contra autos

El plazo para interponer el recurso de apelación es de 3 días.

La Sala Superior o, en su caso, el Juzgado unipersonal, reciben los autos y corren traslado a los demás sujetos procesales por el término de 5 días.

Vencido el plazo anterior, absuelto o no el traslado, se realiza el examen de admisibilidad, que consiste en verificar: a) que haya sido interpues-

to por sujeto legitimado, b) que se haya interpuesto dentro del plazo de ley y por escrito (u oralmente si es el caso); y, c) que se precise los puntos de la resolución impugnada, expresando los fundamentos de hecho y derecho que apoyen su postura, y debe concluir solicitando una pretensión determinada. El juez *a quem* resolverá declarando inadmisible o admisible el recurso interpuesto, en cuyo caso señalarán día, fecha y hora para audiencia de apelación mediante decreto.

Antes de ser notificados del decreto que resuelve la admisión, los sujetos procesales podrán ofrecer medios probatorios, pero sólo prueba documental, de lo cual se pone de conocimiento a las partes por el plazo de 3 días.

Excepcionalmente, la Sala Superior o, en su caso, el Juzgado Unipersonal, solicitarán otras copias o actuaciones originales al Juez A Quo, sin paralizar el procedimiento.

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

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

8.2.3.2. Trámite para apelación contra sentencias

El plazo para interponer el recurso de apelación es de 5 días.

La Sala Superior o, en su caso, el Juzgado unipersonal, reciben los autos y corren traslado a los demás sujetos procesales por el término de 5 días.

De manera análoga al trámite para apelación de autor, vencido el plazo anterior, absuelto o no el traslado, se realiza el examen de admisibilidad, que consiste en verificar: a) que haya sido interpuesto por sujeto legitimado, b) que se haya interpuesto dentro del plazo de ley y por escrito

(u oralmente si es el caso); y, c) que se precise los puntos de la resolución impugnada, expresando los fundamentos de hecho y derecho que apoyen su postura, y debe concluir solicitando una pretensión determinada. El juez *a quem* resolverá declarando inadmisible mediante auto que podrá ser impugnado mediante el recurso de reposición; o admisible el recurso interpuesto, en cuyo caso comunicará a las partes para que puedan ofrecer medios probatorios en el plazo de 5 días.

El ofrecimiento de pruebas debe contener la pertinencia de éstas bajo sanción de ser declaradas inadmisibles.

En esta segunda instancia es posible el ofrecimiento y admisión de nuevos medios probatorios, con las limitaciones siguientes: a) que se trate de medios probatorios de los cuales recién tomó conocimiento y por ello no los pudo ofrecer en primera instancia, b) que sean medios probatorios que a pesar de ser ofrecidos válidamente en primera instancia fueron indebidamente denegados, siempre que se hubiera formulado oposición oportunamente; y, c) los medios probatorios que habiendo sido admitidos válidamente no fueron practicados por causas no imputables al recurrente.

Asimismo, sólo serán admisibles medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o inocencia o la determinación judicial de la sanción, siendo que los medios probatorios ofrecidos deben referirse sólo a estos puntos.

La Sala podrá citar a testigos, siempre que algún sujeto procesal insista en su presencia por exigencias de inmediación y contradicción.

Mediante auto inimpugnable, se decide la admisión de los medios probatorios ofrecidos y se convocará a la audiencia de apelación a todos los sujetos procesales, incluso a los no recurrentes.

En la audiencia de apelación es obligatoria la presencia del representante del Ministerio Público, el imputado recurrente, el imputado recurrido y los sujetos recurrentes. Si no asiste el imputado recurrido se realizará la audiencia, declarándolo contumaz y se ordenará la conducción compulsiva de éste. Si no asiste injustificadamente el sujeto recurrente, entonces, se declarará inadmisible el recurso de apelación.

Una vez instalada la Audiencia se procederá a dar cuenta de la resolución recurrida y las impugnaciones correspondientes. Acto seguido se

correrá traslado a los sujetos recurrentes para que desistan total o parcialmente de la apelación o ratifiquen sus motivos.

Luego se da paso a la etapa probatoria. Concluida ésta, se iniciarán los alegatos en orden, empezando por el recurrente. Si son varios los recurrentes, se seguirá el orden establecido para los alegatos en el juzgamiento de primera instancia, teniendo el imputado derecho a la última palabra.

El Juez *a quem* resolverá el grado en el plazo de 10 días, analizando los fundamentos fácticos y jurídicos que llevaron al Juez *a quo* a resolver en el sentido impugnado, no pudiendo otorgarle diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el juez de primera instancia salvo que ésta sea cuestionada por una prueba actuada en segunda instancia.

La sentencia de segunda instancia puede: a) declarar la nulidad total o parcial de la sentencia apelada con reenvío al juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar, b) dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia sin reenvío, en cuyo caso, puede incluso condenar al absuelto, siendo ésta leída en audiencia pública, para cuyo efecto se notificará a las partes y se llevará a cabo con las partes que asistan, sin que pueda aplazarse por motivo alguno.

Contra esta sentencia sólo procede pedido de aclaración o corrección, y recurso de casación. Si no es recurrida, se enviará al juez que corresponda ejecutarla.

Como se puede apreciar, la regulación del nuevo ordenamiento procesal, confrontada con la parca y asistematizada regulación vigente, asegura una verdadera "doble instancia". Tal como está estipulado, progresivamente, a partir del 2006, la regulación aplicable irá modificándose sustancialmente y la *asignatura pendiente* de implantar una segunda instancia generalizada – en términos de DOIG DIAZ[523]- podrá ser cumplida a cabalidad.

(523) En ese sentido se pronuncia DOIG DIAZ, cuando señala que "... la instauración de una segunda instancia generalizada constituye también una asignatura pendiente en el ordenamiento procesal español. Actualmente, en los procesos por delitos graves no está contemplado el recurso de apelación sino el de casación; en los procesos por delitos menos graves se debe interponer recurso de apelación y no así casación y, finalmente, en los procesos sustanciados por el Tribunal de Jurado es posible interponer recurso de apelación y casación...". DOIG DIAZ, Yolanda. *El Recurso de Apelación contra Sentencias*. Op. Cit. p. 546.

8.2.3.3. Problemática de la audiencia de apelación de auto

La Comisión Regional del Pleno Jurisdiccional sobre el Código Procesal Penal, llevó adelante el Pleno Regional sobre el Código Procesal Penal en Arequipa el 04 de julio de 2009, este evento realizado en la Ciudad Blanca se llevó a cabo con la presencia de los representantes de las Cortes Superiores de Justicia en las cuales se viene dando la reforma procesal penal (hasta esa fecha), es decir, Huaura, La Libertad, Arequipa, Tacna y Moquegua.

Este pleno tocó temas de diversa índole pero todos en torno a la oralidad y al papel que ésta cumple en un sistema acusatorio. En ese sentido, uno de los temas en base a los cuales se dio discusión se resume en la siguiente interrogante: ¿Es causal de inadmisibilidad del medio impugnatorio la inasistencia de la parte recurrente a la audiencia de apelación de auto, en aplicación de lo previsto en el Código Procesal Penal, para el trámite de apelación de sentencias?

A pesar de las posiciones divergentes, la conclusión plenaria fue que se aplica el artículo 423° inciso 3 del Código Procesal Penal para todos los casos de audiencia en segunda instancia, pues rige como criterio de interpretación sistemática la aplicación de los principios generales del Título Preliminar del Código, en el sentido de cautelar la vigencia del contradictorio y la oralidad de la audiencia. En ese sentido, si un recurrente plantea una apelación de auto y no concurre a la audiencia que para este efecto se ha instalado, se tiene como desistido de la apelación, siendo inadmisible, pues el juez de apelación debe de resolver en base a la información que las partes le entreguen, no en base al expediente.

a. *La audiencia pública como requisito de admisibilidad del recurso.*- Para hacer valer su derecho indica el Art. 423°.3 (referido a la apelación de sentencias) que si la parte que recurrió no va a la audiencia se declara inadmisible el recurso;[524] sin embargo, no hay una norma de esta naturaleza en el caso de apelación de autos.

(524) Art. 423.3° del Nuevo Código Procesal Penal:
3. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera, se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente.

En el punto siguiente, explicaremos que sí es aplicable la inadmisibilidad del recurso para la impugnación de autos, pues el proceso de reforma procesal penal implica un cambio en la configuración del proceso penal y éste se desarrolla, ya no a través de escritos que se resuelven en base a la lectura de un expediente sino a través de audiencias públicas pues, son las audiencias el mejor medio para obtener información de calidad.

Recuérdese que en este sistema envuelto por la oralidad es necesaria la presencia de audiencias porque representa el mejor medio de transmisión de información entre sujetos cualitativamente aptos para ello:

"...entre seres humanos, en tanto que se puede corroborar las expresiones verbales con las expresiones corporales mediante gestos, actitudes, y como debe producirse la audiencia pública, por ejemplo, cuando hacemos un alegato al ver si el juez está recibiendo la información"(525).

Por ello, la audiencia representa el escenario básico y fundamental de toma de decisiones en un sistema acusatorio de tendencia adversarial, el decidir una apelación sin respetar la contradicción, publicidad e inmediación propia de la audiencia implica renunciar al nuevo sistema procesal penal por uno inquisitivo.

"La audiencia significa que oralmente se debe expresar la información que va ser procesada por el Juez como tercero imparcial, quien va a resolver conforme a ley, si no hay debate en la audiencia se obtendrá información pobre. Por lo que hay una carga para el recurrente de acudir a la audiencia a sustentar oralmente sus argumentos"(526).

De ahí que la voluntad de impugnar el agravio debe mantenerse inalterable desde que es interpuesto el recurso hasta que se sustenta la apelación del auto en audiencia pública, ello en razón que el recurso

(525) Actas del Pleno Jurisdiccional Regional sobre el Código Procesal Penal. Arequipa, 03 y 04 de Julio.

(526) Actas del Pleno Jurisdiccional Regional sobre el Código Procesal Penal. Arequipa, 03 y 04 de Julio

de apelación está sujeto o informado por el principio dispositivo, por el cual solamente puede recurrir quien tiene un derecho afectado por una resolución.

No debemos olvidar que "la audiencia es una herramienta para resolver", porque el modelo del Nuevo Código Procesal Penal lo ha instaurado con la finalidad de dotar con mayores garantías al imputado para que pueda ejercer plenamente su derecho de defensa, resguardado el Art. 139° inciso 14 de la Constitución Política del Perú. Así, con el sistema de audiencias se requerirá de abogados preparados que sepan armar una buena estrategia del caso y defensa, que sepan llevar buenos argumentos a la audiencia de apelación y por ende, fundamentar su recurso debidamente.

En ese sentido, es notoria la obligatoriedad de la parte recurrente a la audiencia de impugnación, pues sólo de esa manera se consolidará el sistema de audiencias como la mejor garantía de los derechos fundamentales del imputado y de las víctimas, garantizando de manera cabal sus derechos.

b. El debate en el Pleno respecto a la admisibilidad del Recurso

- *Primera posición*

Se aplica el artículo 423°, inciso 3 del Código Procesal Penal para todos los casos de audiencia en segunda instancia, pues rige como criterio de interpretación sistemática, la aplicación de los principios generales del Título Preliminar del Código, en el sentido de cautelar la vigencia del contradictorio y la oralidad de la audiencia.

- *Segunda posición*

No debe aplicarse extensivamente lo prescrito para las audiencias de apelación de sentencia, no siendo aplicables las reglas de interpretación general del Título Preliminar del Código Procesal Penal allí donde no hay nada que interpretar; toda vez que lo previsto para las audiencias de apelación de autos no sólo omite intencionalmente la obligatoriedad del procesado recurrente, sino que expresamente señala que a dicha audiencia concurrirán los sujetos procesales que lo estimen conveniente, ello según el amparo del principio de legalidad.

Respecto a esta última posición cabe señalar algunas precisiones:

i. Si bien el Art. 420. 5° del Código Procesal Penal señala [527] que a la audiencia de apelación de autos podrán concurrir las partes que lo estimen convenientes, también señala que después de dar cuenta de la resolución recurrida y sus fundamentos, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. Entonces, a pesar que el Nuevo Código Procesal Penal no ha establecido una sanción ante la insistencia de la parte recurrente, creemos- en salvaguarda de los principios de inmediación, oralidad y contradicción, que adopta el nuevo sistema acusatorio- en la obligatoriedad de la asistencia de la defensa del recurrente a la audiencia de apelación de auto, y en consecuencia, ante la inconcurrencia de éste, en la inadmisibilidad del medio impugnatorio interpuesto. Queremos insistir en este punto, pues una de la formas de que el sistema del nuevo código procesal penal funcione y sea eficaz es dejando de lado las malas prácticas del viejo sistema inquisitivo donde la convicción del juzgador se alcanzaba a través de la lectura y revisión del expediente judicial. Ahora se ha producido un cambio del sistema inquisitivo al acusatorio, que si antes era importante el expediente ahora es la audiencia que se encuentra investida con ciertos principios como la oralidad y publicidad, donde la información es de primera calidad siempre que se haya respetado estas garantías.

ii. Una segunda crítica adoptada por la segunda posición en el Pleno Regional de Arequipa fue que de aceptarse la inadmisibilidad del recurso de apelación para el caso de autos cuando la parte recurrente no asiste a la audiencia se estaría violando el principio de legalidad, pues el Código Procesal Penal no establece de manera expresa tal sanción. Sin embargo, los operadores judiciales que afirman esta posición olvidan que el nuevo sistema acusatorio impone la carga, inherente a su naturaleza, de que las

(527) Art. 420.5° del Nuevo Código Procesal Penal
5. A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá la última palabra.

sentencias y autos que pongan fin al proceso se resuelvan previa audiencia[528]. Por lo tanto, no existiría tal vulneración al principio de legalidad procesal o proceso determinado.

iii. Finalmente, respecto a la afectación del principio de la doble instancia cabe invocar el mismo argumento que en el párrafo anterior, así exigirse a la parte impugnante la obligación que asista a la audiencia de apelación para que fundamente su recurso no restringe tal derecho, pues esa es la lógica del nuevo modelo procesal penal, que el tribunal resuelva con información de alta calidad que sólo será posible obtenerla si se pasa por los principios de inmediación, publicidad, contradicción y oralidad.

De las razones expuestas se concluye, que si se aceptara que el Tribunal o la Sala aceptaran el recurso de apelación y se resolviera a pesar de la inconcurrencia de la parte recurrente se estaría adoptando el método usado por el anterior Código de Procedimientos Penales, pues se resolvería en base a la lectura del expediente, en consecuencia se produciría un gran retroceso en la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, pues significaría sacrificar la oralidad del nuevo modelo acusatorio por la escrituralidad del antiguo modelo inquisitivo.

En ese sentido, que el Tribunal declare inadmisible el recurso de apelación de auto por la inasistencia de la parte recurrente a la audiencia de impugnación es cumplir con el proceso predeterminado por el Nuevo Sistema Acusatorio Adversarial; es decir, con el principio de legalidad y no más bien vulnerarlo como han señalado algunos operadores judiciales, pues el nuevo modelo acusatorio privilegia la oralidad e instaura el sistema de audiencias[529] como el instrumento a través del cual el juez resolverá alcanzando la convicción requerida después de haber obtenido información de alta de calidad.

Además, si el Tribunal permitiera que los recursos sean resueltos a pesar de la inconcurrencia de la parte recurrente se estaría consintiendo y fomentando impugnaciones maliciosas que sólo buscan retrasar el proceso,

(528) BORGOS MARIÑO, Victor. Las Nuevas y Buenas Practicas en el Proceso de Implementación del NCPP y la Contrarreforma. (en línea) http://www.incipp.org.pe/

(529) En ese sentido, se entiende a la audiencia como el lugar donde se concretiza el principio de oralidad recogido por el Nuevo Sistema Acusatorio del Nuevo Código Procesal Penal.

y son productos de conductas negligentes de abogados y fiscales que no asisten a la audiencia[530].

Finalmente, cabe rescatar que no es del todo cierto que el Nuevo Código Procesal Penal no regule entre sus preceptos la facultad de declarar inadmisible el recurso de apelación de auto por parte del Tribunal ante la inasistencia de la parte recurrente. Así, el artículo 420° cuando regula el trámite de apelación de autos señala en su inciso 4. que *"el auto en el que la Sala declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415°"*, lo que concordado con el artículo inc. 5 del mismo artículo "... *se oirá al abogado del recurrente...*" De ahí que, la parte recurrente que por algún motivo justificado no pudo asistir a la audiencia de apelación de autos conserva aún su derecho de interponer recurso de reposición, y solicitar en ese sentido, nueva audiencia y poder ejercer su derecho de defensa.

8.3. El recurso de queja de derecho

Es un recurso de carácter residual pues está intimamente relacionado con la admisión o no de un recurso devolutivo – apelación o casación-. Así, el recurrente para poder ejercitar la queja, tiene que primero haber interpuesto un medio impugnativo y éste tiene que habérsele denegado.

Sólo en ese momento, el recurrente tiene expedito su derecho para solicitar al Juez *a quem*, que ordene al Juez *a quo* que admita el medio impugnatorio antes denegado.

8.3.1. Ámbito de aplicación

Son los ámbitos de aplicación de este recurso:

a. La resolución del Juez unipersonal o la Sala Superior que declara inadmisible el recurso de apelación (Art. 437°.2 del NCPP)

(530) En el mismo sentido, el Nuevo Código Procesal Penal sanciona las conductas dilatadoras del proceso, con el pago de las costas al vencido. Incluso señala, en su Art. 497° que si se han existido razones fundadas para interponer el recurso el Tribunal podrá eximirlo del pago de las costas procesales

b. La resolución del Juez unipersonal o la Sala Superior que declara inadmisible el recurso de casación, según su competencia (Art. 437°.3 del NCPP)

8.3.2. Interposición y plazo

Se interpone ante el órgano superior del que denegó el recurso en el plazo de 3 días de notificado del auto que deniega el recurso de apelación o de casación.

En el escrito de interposición se precisará el motivo y la norma jurídica vulnerada; anexando:

- La resolución que se pretende recurrir y, en su caso, lo referente a su tramitación.
- El escrito en que se recurre.
- La resolución denegatoria.

Respecto al plazo, se aplicará supletoriamente lo determinado por el Art. 403° del Código Procesal Civil, que dispone que:

> *"Tratándose de distritos judiciales distintos a los de Lima y Callao, el recurrente puede solicitar al Juez que denegó el recurso, dentro del plazo de 3 días, que su escrito de queja y anexos sean remitidos por conducto oficial y que el Juez remitirá al superior el cuaderno de queja dentro del segundo día hábil bajo responsabilidad".*

8.3.3. Examen del recurso de queja

El órgano competente, decidirá, sin trámite alguno:

- Su inadmisibilidad o admisibilidad.
- Si la admite, también decidirá declararla fundada o infundada.
- Si el Juez *a quem*, considera necesarios otra documentación requerirá por cualquier medio adecuado al Juez *a quo* estos.

Ahora bien, el Juez tiene las siguientes posibilidades:

- Se concede el recurso ordenando al Juez *a quo* que envie el expediente o ejecute lo que corresponda y se notifica a las partes.

Si se declara infundada (Art. 438°.5 del NCPP):

- Se comunica la decisión a todos los sujetos procesales.

8.4. El recurso de casación

8.4.1. Definición

Se puede definir al recurso de casación como aquel medio impugnatorio devolutivo de competencia exclusiva de la Corte Suprema, de naturaleza extraordinaria por la existencia de limitaciones en las causas o motivos susceptibles de fundamentar la pretensión impugnatoria dirigida a una función específica.

La existencia de la casación sólo puede entenderse en el sentido que ésta descanse sobre la base de la existencia de otros medios de impugnación ordinarios [apelación], lo contrario sería desconocer la naturaleza *extraordinaria* de éste recurso subvirtiendo su función y contenido, sin lograr con ello satisfacer el mandato establecido en el artículo 14°.5 del PIDCP[531]. A pesar de ello, en algunos países, por ejemplo España[532], el

(531) Maier, en sentido contrario, menciona que, "... el recurso de Casación... satisface en principio la necesidad básica del recurso del condenado contra la condena, siempre que sean introducidas a él ciertas correcciones que, dicho de manera general, *apunten a "ordinarizarlo"* y a ampliar su objeto...". (El subrayado es nuestro).
Esta "*ordinarización*", solo se vería limitada por el hecho del quién sería el único sujeto legitimado para interponer este recurso, en su opinión: El condenado, mencionando que " ... esta es la única manera de acoger los argumentos políticos que fundan la reducción del recurso contra la sentencia, la economía de medios y la razón práctica frente a recursos judiciales limitados, esto es, la única manera de efectuar una discriminación racional sin atacar sustancialmente la garantía de igualdad ante la ley ...". Maier, Julio B. Ob. Cit. p. 721 y siguientes.

(532) Vecina Sifuentes, en sentido crítico señala: "... compartimos sin ningún género de dudas la necesidad de que en materia penal exista un derecho al recurso a favor del condenado pero cuestionamos con firmeza la oportunidad de satisfacerlo en los procesos por delitos graves mediante el recurso de casación ya que ... esa es la peor de las alternativas posibles...", agregando que si solo se instrumenta la casación como medio impugnatorio, se produce una discriminación, precisando que esta "... no deriva de haber empicado en la sistematización de los recursos un criterio cuantitativo, pues no es irrazonable tratar de forma distinta los delitos graves de los menos graves o de las faltas, sino de haberlo hecho sobre la base de un sistema antigarantista, impropio de un Estado Constitucional de Derecho, que aconsejaría ir disminuyendo las posibilidades procesales de defensa a medida

sistema de medios impugnatorios [en el caso de delitos graves] solo descansa en el recurso de casación con todas las limitaciones a su acceso que sobre éste existen.

8.4.2. Naturaleza jurídica

Como ya se señaló, el recurso de casación posee naturaleza extraordinaria[533] la misma que radica en el carácter tasado de los motivos o causas de interposición y la limitación del conocimiento del Tribunal. Es decir, sólo se interpone contra resoluciones expresamente establecidas en la ley y por motivos expresamente descritos en ella. Asimismo, su naturaleza extraordinaria supone la existencia de otros medios impugnatorios *ordinarios* (apelación), cumpliendo de esta manera con el mandato establecido en el artículo 14° inciso 5[534] del Pacto de New York[535].

Tiene también efecto devolutivo, toda vez que se traslada la competencia funcional de un Órgano Superior al Órgano Supremo. Y un efecto no suspensivo, en virtud a que no se posterga el efecto de la decisión impugnada, a diferencia de nuestra Casación Civil que sí tiene tal efecto. Siempre es extensivo en lo favorable, es decir, si en una causa sólo uno de los imputados interpone el recurso y éste es beneficioso para los demás sus efectos de anulación se extienden hacia ellos.

que el delito perseguido vaya siendo más grave ...". Vecina Sifuentes, Javier. *La Casación Penal*. El Modelo Español. Madrid. Tecnos. 2003. p. 146 y ss.

(533) Es el único recurso extraordinario previsto en el Código Procesal Penal del 2004.

(534) El que en su tenor literal expresa: 5. 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. Art. 14° inciso 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

(535) Maier, en sentido contrario, menciona que, "... el recurso de Casación... satisface en principio la necesidad básica del recurso del condenado contra la condena, siempre que sean introducidas a él ciertas correcciones que, dicho de manera general, apunten a "ordinarizarlo" y a ampliar su objeto..."
Esta "*ordinarización*", solo se vería limitada por el hecho del quién sería el único sujeto legitimado para interponer este recurso, en su opinión: El condenado, mencionando que " ... esta es la única manera de acoger los argumentos políticos que fundan la reducción del recurso contra la sentencia, la economía de medios y la razón práctica frente a recursos judiciales limitados, esto es, la única manera de efectuar una discriminación racional sin atacar sustancialmente la garantía de igualdad ante la ley ...". Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal*. T. I. Ob. Cit. pp. 721 y siguientes.

A nivel de competencia funcional, su conocimiento es de exclusividad de la Corte Suprema, como órgano supremo de la jurisdicción[536]. Es importante señalar que el recurso de casación obra por imperio de la Constitución y su examen versa sólo sobre la cuestión jurídica de la sentencia, distinguiéndose así de los demás recursos. Cabe apreciar que no existe recurso alguno en contra de la sentencia casatoria.

8.4.3. Funciones

En torno a las funciones que cumple la *casación* en el sistema de recursos y medios impugnatorios, en el desarrollo de la doctrina han surgido diversas posiciones.

La primera y más antigua es la que señala que la casación cumple una función *nomofiláctica*, que importa la protección o salvaguarda del ordenamiento jurídico en un sentido formal[537], es decir, "solo bastaba la ley"[538], la segunda posición también señala que la casación tenía una función *de uniformidad de la jurisprudencia*, procurando la unidad del derecho penal a nivel interpretativo[539] y por último, se dice que la casación cumple una función de *tutela del interés de las partes*, como medio de impugnación de aquellas resoluciones que estimen perjudiciales, con la finalidad que sean anuladas[540]. Aunado a ello es de destacar una función *parciaria*[541] *y de cumplimiento de las garantías constitucionales en el procedimiento y enjuiciamiento penal*[542] bajo la vigencia del *ius constitutione*.

(536) Tal como señala el artículo 141° de la Constitución Política del Perú, corresponde a la Corte Suprema fallar en casación o en última instancia.

(537) Sobre este punto acota SAN MARTIN que "...la casación tiene una finalidad defensora del *ius constitucionis*, del ordenamiento jurídico...". SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. T.II. Editorial Grijley, Lima. 2003. p. 992.

(538) DE LA RUA, Fernando. *La Casación Penal*. Ediciones De palma. Buenos Aires. 1994. p. 10.

(539) En ese sentido se pronuncia VECINA SIFUENTES cuando señala que esta [unidad del derecho penal a nivel interpretativo] "...constituye, por tanto, la función prioritaria de la casación en la actualidad y la que desde su implantación ha dotado a la misma de una trascendencia de la que carecen el resto de recursos... aún cuando en materia penal dicha función se realice dentro de un marco jurídico más estricto...". VECINA SIFUENTES, Javier. La Casación Penal. El Modelo Español. Editorial Tecnos. Madrid 2003. p. 128.

(540) Así en ese sentido en nuestra doctrina nacional se pronuncia SANCHEZ VELARDE cuando sostiene que la casación cumple una "... doble función: [...] b) de tutela del interés de las partes, como medio de impugnación de aquellas resoluciones que estimen perjudiciales...". Cabe precisar que el mencionado autor, incluye dentro de la función nomofiláctica las dos funciones a las que hacemos referencia en el presente estudio y le asigna una función más que es conocida como el derecho al *doble examen*: la cual consideramos no pertenece estrictamente a la casación, sino a todo el sistema de medios impugnatorios; que se pronuncia sobre el juicio de hecho y de derecho ya que se configuraría en un ordenamiento jurídico en el cual la Casación sea el único medio impugnatorio con el que cuentan las partes para lograr la revisión de la resolución que los perjudica, como sería el caso del ordenamiento jurídico Español. Perú en nuestro sistema procesal no es posible asignarle esa exclusiva finalidad a la casación porque contamos con medios impugnatorios de naturaleza ordinaria. SANCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. Cit., p. 695.

(541) Al respecto CORTES DOMINGUEZ señala: se destaca la función parciaria del recurso de casación, como una impugnación al servicio de las partes procesales y, en consecuencia, como remedio eficaz para la protección de los derechos e intereses de las partes, en CORTES DOMINGUEZ, *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex. Madrid 1997. p. 668.

(542) GIMENO SENDRA, Vicente. Los Procesos Penales. Vol. 7, Editorial Bosch, Barcelona 2000.

(543) En igual sentido se pronuncia DOIG DIAZ, cuando señala que se debe "garantizar una segunda instancia penal que se encargue de tutelar el interés de las partes, como medio de impugnación de aquellas resoluciones que estimen perjudiciales, haciendo efectivo su derecho al recurso; y 2. Configurar una casación, en lo sustancial, como una salvaguarda de la unidad del ordenamiento jurídico...". DOIG DIAZ, Yolanda. "El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". En Anuario de Derecho Penal 2004: La Reforma del Proceso Penal Peruano. Fondo Editorial de la PUCP. Lima 2004. p. 195.

Concluimos señalando que la casación tiene una finalidad de uniformidad de la jurisprudencia, proporcionando seguridad jurídica y manteniendo vigente el principio de igualdad en la aplicación de la ley y una función nomofiláctica, garantizando la legalidad; sin embargo, la primera es la función primordial de la casación, pues para que se cumpla la segunda no es necesario la preexistencia de un Tribunal de casación[543], es decir, otros recursos ordinarios pueden salvaguardar el respeto al principio de legalidad no siendo indispensable que se le asigne esa competencia exclusivamente a este tribunal.

8.4.4. Ámbito de aplicación: resoluciones recurribles en casación

Cuando señalamos que la casación era un recurso extraordinario, nos referíamos también a que no procede contra cualquier resolución. En efecto el nuevo código procesal penal sólo articula el citado recurso para las *sentencias y autos definitivos*, es decir autos de sobreseimiento, que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena, o denie-

guen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, necesariamente dictados por las Salas Penales Superiores en apelación[544].

Es necesario señalar que en el caso de las sentencias, sólo son recurribles si en segunda instancia el órgano judicial superior resolvió confirmando o revocando el pronunciamiento de la primera instancia.

Aunado a ello, se limita aun más las resoluciones recurribles, pues si se trata de autos que ponen fin al procedimiento o sentencias que impongan una pena privativa de libertad, el delito imputado más grave debe tener una pena conminada no menor de 6 años[545], en los casos de sentencias que impongan medidas de seguridad ésta debe ser la de internación y si el objeto de la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, se establece que el monto fijado debe ser superior a 50 unidades de referencia procesal (URP)[546] o no pueda ser valorado económicamente.

Es importante resaltar que el artículo 427° inciso 4, establece que *excepcionalmente*, será procedente el recurso de casación, cuando no se presente ninguno de los supuestos arriba mencionados y la Sala Penal de la Corte Suprema, *discrecionalmente*, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. En correlación con la posición adoptada en el Código respecto a las funciones que cumple el recurso[547].

El legislador ha previsto estrictamente 4 causales: constitucional, sustancial, procesal y jurisprudencial, señalándolos taxativamente en el artículo 429° del Nuevo Código Procesal Penal, los cuales hemos ordenado de acuerdo a la legislación comparada:

(544) Sobre este punto es importante anotar, que es necesario para que proceda el recurso de casación que se haya agotado previamente el doble grado de jurisdicción, en concordancia con el Art. 141° de la Constitución Política Nacional, que señala que la Corte Suprema fallará en casación o en *última instancia*, y lo último presupone lo anterior, por tanto respecto de las acciones iniciadas en una Sala Superior o directamente en la Corte Suprema, no existe recurso de casación alguno. Un ejemplo de ello es el caso de los llamados "aforados".

(545) A diferencia de ahora el Código Procesal Penal de 1991 establecía que el extremo mínimo de la pena debía ser 4 años.

(546) Según la regulación vigente para el año 2007, la cantidad tendría que ser 17 250 nuevos soles.

(547) Conforme se señaló en el ítem anterior, el Código, considera que la *casación*, aparte de cumplir una función nomofiláctica, cumple una función de *uniformidad de la jurisprudencia*: es decir vela por el fiel cumplimiento de las leyes y por la recta aplicación de las mismas, asimismo se garantiza la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica.

1° Infracción de preceptos Constitucionales (Casación Constitucional), Contravención o vulneración de las normas Constitucionales.

2° Quebrantamiento de la forma (Casación Procesal o Formal), por inobservancia[548] de normas legales de carácter procesal que se encuentren sancionadas con nulidad. Bajo esta causal se encuentran los vicios de actividad, por defecto de tramitación en el procedimiento.

La forma más común es el *error in procedendo* por inobservancia de normas procesales, donde el error no versa sobre cualquier norma, sino sobre la que determine una *forma procesal*[549] de acatamiento imperativo.

3° Infracción a la ley (Casación Sustancial).- La hipótesis captada bajo este supuesto es que se deje de lado la aplicación de la norma pertinente o se de una interpretación desacertada o errónea, denominándose a éstos *vicios in iudicando*.

Las formas más comunes donde se efectiviza este supuesto son cuando se presenta: 1) falta de aplicación de la norma jurídica correspondiente al caso, 2) aplicación de una norma a una hipótesis no contemplada en ella; 3) abierta desobediencia o trasgresión a la norma; 4) en general, todos los errores de derecho que constituyan el desconocimiento de una norma jurídica en su alcance general y abstracto, sea que el error verse sobre su existencia, sobre su validez o sobre su significado[550]. Asimismo las posiciones de la doctrina respecto al concepto de infracción de ley son diversas[551].

(548) La inobservancia implica desconocimiento o falta de aplicación de la norma jurídica, no se trata de un error en el modo de aplicarla sino de una omisión de cumplirla.

(549) La forma se refiere a los requisitos que debe cumplir un acto; en este sentido se entiende: el modo en que debe ser cumplido, el contenido, el tiempo en que debe de realizarse, el lugar, los actos anteriores y posteriores, etc.

(550) CLARIA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T.V. Ob. Cit. p. 442.

(551) Pues en otro sentido Fernando DE LA RUA, citando a ELIO FAZZALARI (*Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, p. 74), afirma que la fórmula también puede comprender: a) el **error acerca de la existencia de la norma, b) el error en la interpretación de la norma, c)** el error en la aplicación, cuando se aplica a un hecho no correspondiente con la norma, d) el error en la deducción de las consecuencias de la norma, cuando no obstante ser correcta la interpretación y la subsunción del hecho, se proclaman consecuencias no correspondientes con la norma interpretada. DE LA RUA, Fernando. La Casación Penal. Ob. Cit. p. 37. Asimismo CALAMANDREI señala que... "la violación de la ley se presenta cuando el juez ignora la existencia o se resiste a reconocer la existencia de una norma jurídica en vigor.

Nuestro código Procesal, en su artículo 429° incisos 3 y 7 prevé estos motivos rotulándolos como inaplicación, indebida aplicación o errónea interpretación del derecho sustantivo[552] aplicado.

Otro supuesto que se acoge a la infracción de la ley es cuando se afecta a los hechos por la falta de lógica en la motivación[553], es decir, el error en la apreciación de la prueba.

4° Apartamiento de la doctrina jurisprudencial.- Establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional[554]. Cuando un juez resuelve contradiciendo lo estipulado o señalado por la doctrina jurisprudencial.

8.4.5. Trámite del recurso

El plazo de interposición es de 10 días que se contarán a partir de la notificación de la sentencia a recurrir[555].

Se interpone ante la Sala Penal Superior quien sólo podrá declararla inadmisible en el caso que el recurso sea interpuesto por sujeto no legitimado, cuando se interpone fuera del plazo, cuando no es interpuesto por escrito u oralmente en los casos en que la ley lo permite, cuando no se fundamenta conforme a ley o cuando no está amparada en ninguna de las causales previamente estudiadas.

---

o considera como norma jurídica una que ya no está o que no ha estado nunca vigente. CALAMANDREI, Piero: *La Casación Civil*. Vol. I. Ob. Cit. p. 39.

(552) En cuanto al concepto de ley sustantiva, este comprende todo cuanto al juzgador ha asumido jurídicamente con respecto a la cuestión de fondo en la sentencia, quedando excluidas las normas procesales.

(553) En sentido contrario SAN MARTIN CASTRO, sostiene que los vicios por ilogicidad de la motivación se suscriben dentro del quebrantamiento de forma. SAN MARTIN CASTRO, César: En conferencia del Diplomado "El Nuevo Código Procesal Penal y Litigación Oral, a través de la Jurisprudencia de Huaura y La Libertad", organizado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, realizada el día 15 de Setiembre del 2007.

(554) En el Código Procesal Penal de 1991, esta causal no se encontraba regulada.

(555) El escrito que contenga el recurso de casación debe estar debidamente fundamentado, precisando: a) cita concreta de los preceptos legales que se considere inaplicados o erróneamente aplicados, b) el fundamento doctrinal y legal que sustente su pretensión, y, c) precisar cuál es la aplicación que se pretende. Sólo en el caso que sea procedente- excepcionalmente- el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, se deberá aunado a los fundamentos anteriores, explicar las razones que justifiquen el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretenden.

Admitido el recurso de casación por la Sala Superior, se notificará a las partes a efectos que comparezcan ante la Corte Suprema y, de ser el caso, fijen nuevo domicilio en el Distrito Judicial de Lima dentro del décimo día siguiente a la notificación, de lo contrario se le considerará notificada el mismo día que se emitió la resolución. Elevados los actuados a la Corte Suprema, se corre traslado a las partes por el plazo de 10 días.

Acto seguido, mediante auto, se decidirá acerca de la inadmisibilidad o admisibilidad del recurso planteado, si está bien concedido se procederá a conocer el fondo del mismo, esta resolución se expedirá en el plazo de 20 días con 3 votos conformes.

La Corte Suprema podrá declarar la inadmisibilidad total o parcial del recurso de casación, además de los casos señalados en los párrafos precedentes, cuando:

a. Se refiere a resoluciones no impugnables en casación, autos que no pongan fin al procedimiento o no se pronuncie respecto al objeto procesal.
b. Cuando el recurrente haya consentido la resolución impugnada en primera instancia y la segunda instancia la confirma,
c. Cuando se invocan violaciones a la ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación y finalmente.
d. Cuando carezca manifiestamente de fundamento, y, finalmente, es decir, no se haya dado una correcta motivación indicando separadamente la causal invocada, citando los preceptos legales que considere erróneamente aplicados e inobservados, precisando los fundamentos legales y doctrinales. De no fundamentar correctamente devendrá la inadmisibilidad del recurso.

Como en la Casación N° 02-2007 de Huaura, donde la Corte Suprema señala:

Segundo Considerando: ... que si bien se cumple el presupuesto objetivo del recurso pues la resolución recurrida está comprendida en el literal b) del apartado dos del artículo 427° del citado código; al igual que el presupuesto subjetivo pues cuestionó la sentencia de primera instancia y, sin duda, la sentencia de vista lo agravia al desestimar su pretensión impugnativa absolutoria, no se satisface

el presupuesto formal de motivación (...) que en el presente caso, el recurrente se limita a indicar que no se llevó un debido y correcto procedimiento y que se vulneró dos derechos fundamentales: debido proceso y derecho de defensa (...) que aún cuando es posible deducir que lo que invoca el imputado es la causal de infracción de precepto constitucional de carácter procesal, reconocido en el inciso 1 del artículo 429° del nuevo código procesal penal, no ha expuesto el fundamento específico en función a sus alcances normativos predeterminados; que no sólo no indicó nada en particular respecto a la infracción al derecho o garantía de defensa procesal, sino que, respecto a la garantía del derecho a la presunción de inocencia, no ha identificado el aspecto o ámbito de ese derecho fundamental que se ha vulnerado a los efectos de su control constitucional: en vía casatoria y más bien, confundiendo los alcances de la casación, pretende que este Supremo Tribunal realice un análisis independiente de los medios de prueba personales, confundiendo juicio de suficiencia con el análisis autónomo de la prueba de cargo actuada, que no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación; que en tal virtud, el recurso interpuesto carece ostensiblemente de contenido casacional[556].

En consecuencia se declaró inadmisible el recurso, pues si no se precisa la pretensión impugnativa, es imposible que la Corte Suprema se pronuncie sobre el fondo.

e. Cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el argumento no sea suficiente para modificar el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecido.

Luego de ello el expediente quedará en Secretaría a disposición de las partes por el plazo de 10 días, plazo en el cual podrán presentar alegatos ampliatorios[557]. Vencido el plazo anterior, se fija fecha y hora para la audiencia de casación con citación de las partes apersonadas.

(556) Auto de Calificación del Recurso de Casación; Casación N° 02-2007, Sala Penal Permanente. Huaura, 05 de julio del 2007.

(557) En ellos no puede incorporarse más motivos de los ya establecidos, más sí puede incorporarse razones complementarias, sobre el extremo impugnatorio.

La Audiencia de Casación se realizará con la presencia de los que asistan, pero si la parte recurrente no asiste, de manera injustificada, se declarará inadmisible la casación interpuesta.

La audiencia de casación transcurre de la siguiente forma: a) instalación de la audiencia, b) alegatos, siendo en primer orden el recurrente o si son varios los sujetos apelantes el orden será el establecido para el juzgamiento. Si asiste el acusado se le otorgará el uso de la palabra en último término.

La Corte Suprema emitirá Sentencia *Casatoria* en el plazo de 20 días, contados a partir de la fecha de la Audiencia de casación, bastando para resolver 4 votos conformes.

La Corte Suprema sólo tiene competencia para conocer: a) acerca de las causales invocadas sin perjuicio de las declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso, b) sobre los errores jurídicos que contenga la resolución impugnada, sujetándose plenamente a los hechos considerados probados y establecidos en la resolución materia de casación, teniendo en cuenta que los errores jurídicos que no influyeron en la parte dispositiva, no causan nulidad, la Sala procederá a corregirlos.

Si la sentencia casatoria declara fundada la casación, podrá declarar a) casar sin reenvío la sentencia recurrida y emitir nueva decisión convirtiéndose en Tribunal de Mérito, o, b) casar con reenvío la sentencia recurrida para que se emita nueva decisión si es necesario la realización de un nuevo debate, indicando el Juez o la Sala competente y acto que debe renovarse. El juicio rescindente o rescisorio dependerá del caso concreto, sin embargo, generalmente la casación sustancial no requiere reenvío contrario a ella, es la casación formal la que mayoritariamente sí lo exige. Asimismo de acuerdo a lo resuelto establece doctrina jurisprudencial, en los términos que más adelante detallaremos.

Los efectos de la sentencia casatoria, podrá ser una anulación total o parcial, en cuyo caso la Corte Suprema determinará en el extremo resolutivo qué partes de la sentencia impugnada adquieren ejecutoria. Contra la sentencia casatoria sin reenvío y la sentencia dictada por el órgano competente debido a una sentencia casatoria con reenvío no procede recurso al-

guno, salvo si se refiere a causales distintas a las resueltas por la sentencia casatoria o la acción de revisión.

A tono con el desarrollo jurisprudencial, en el establecimiento del recurso de casación acorde con su principal finalidad, el legislador del 2004, ha regulado la posibilidad de establecer precedentes vinculantes o *doctrina jurisprudencial*. Así tenemos que en la sentencia *casatoria* también se podrá decidir, de oficio o a pedido del Ministerio Público: a) que lo resuelto constituya doctrina jurisprudencial vinculante para jueces o salas de todas las instancias, que permanecerá hasta que otra decisión expresa del mismo órgano la modifique, o b) si existe más de una Sala Suprema o más vocales, se convocará a pleno casatorio, sin intervención de las partes y la decisión adoptada no los perjudicará, o c) Si otras Salas o Vocales Supremos, resuelven con otros criterios, de oficio o a pedido del Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo, se reunirán en pleno casatorio, en su caso, con presencia del Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo. En todo caso, la doctrina jurisprudencial que se establezca deberá ser publicada en el diario oficial.

Asimismo, en el NCPP 2004, se establece que los jueces de otras instancias no se pueden apartar de la decisión adoptada por la Corte Suprema, constituyendo, incluso, motivo o causal de casación[558].

(558) En sentido contrario tenemos a VICINA SIFUENTES, quien se pronuncia en sentido crítico contra esta postura al señalar que ésta supondría una injerencia en el actual estatuto jurídico de los jueces y magistrados, que podría afectar su independencia... [y] porque la función unificadora de la jurisprudencia que se persigue puede conseguirse con un grado de eficacia muy similar mediante una técnica mucho menos gravosa: la del precedente persuasivo, el señala que"... el éxito de la función uniformadora no depende ya de la "autoridad jerárquica" del tribunal de casación- que limita sus efectos al caso decidido- sino de la efectiva asunción de su jurisprudencia por los jueces y tribunales de todas las instancias. Y tal efectividad depende, a su vez, de la intrínseca capacidad que tengan sus decisiones de convencer al resto de la magistratura por lo *autorizado* de las mismas, más que por la *autoridad* del órgano del cual provienen...". VICINA SIFUENTES, Javier. Ob. Cit. p. 136 y ss.

8.4.6. Comentarios al pronunciamiento de la Corte Suprema en la sentencia casatoria N° 01-2007

A. De la admisión del Recurso

i) Antecedentes

Con fecha 17 de mayo del 2007 la Corte Suprema emite el primer *auto de calificación del recurso de casación*[559]; en virtud al requerimiento efectuado por la titular del Ministerio Público, sobre la resolución que declara improcedente el pedido de prisión preventiva, solicitado con antelación, invocando las causales previstas en el artículo 429° incisos 3 y 4, que son:

3° *Infracción de ley*; y

4° *Manifiesta ilogicidad de la motivación del auto recurrido*.

Es de señalar que el juicio de admisibilidad del recurso tiene por objeto decidir si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo, rigiéndose en concordancia con los artículos 428° y 430° primer apartado del Nuevo Código Procesal Penal.

ii) Pronunciamiento

El Supremo Tribunal se pronunció respecto al primer punto, señalando que la resolución materia de alzada *no es una resolución impugnable en casación*, toda vez que un auto expedido en apelación por la Sala Penal Superior que se pronuncia sobre una medida coercitiva personal, no se trata de una resolución que ponga fin al procedimiento penal y por ende tampoco causa un gravamen irreparable, en tanto que no resuelve sobre el objeto procesal.

Asimismo, no corresponde la causal sobre *infracción de ley*, prevista en el artículo 429°, inciso 3 del citado Código, porque la impugnación no está enderezada a cuestionar una errónea interpretación de la ley penal material, causante de anulación judicial, sino más bien a *denunciar la inobservancia de una norma procesal penal*, como son los preceptos sobre prisión preventiva.

(559) Auto que tiene por finalidad decidir si el recurso de casación está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo, realizando un examen que versa sobre el cumplimiento de lo estipulado en el artículo 428° del código procesal del 2004.

Sobre este punto es correcto señalar que coincidimos con la opinión del Supremo Tribunal toda vez que la infracción de ley, tal y como se señaló en el capítulo anterior, viene referida a la infracción de un precepto penal sustantivo, entendiéndose por ley penal sustantiva a la que regula el fondo del asunto cuestionado, es decir, es la regla conforme a la cual el juez debe resolver la cuestión propuesta por las partes para su pronunciamiento, son las *normas generales y abstractas que regulan y establecen derechos y obligaciones y no las que determinan la forma de hacerlos valer ante los tribunales*[560].

Por ejemplo tiene carácter sustantivo todo lo relativo a la punibilidad de los delitos, circunstancias agravantes, calificantes, atenuantes, o relativas a las penas y efectos penales, comprendiendo a su vez las normas no penales aplicables al caso concreto[561].

En el presente caso se alega la vulneración de los preceptos que regulan la *prisión preventiva*, estando presente un vicio de actividad *errores in procedendo*, específicamente por un vicio del procedimiento, pues se ha inobservado el rito establecido para llegar a la decisión, en consecuencia, el canal correcto a invocar es la *inobservancia de una norma procesal penal*, pues la institución en análisis es de carácter eminentemente procesal, toda vez que versa sobre la imposición de una medida coercitiva.

Respecto del segundo motivo invocado, *manifiesta ilogicidad de la motivación del auto recurrido*, se pronuncia el Supremo Tribunal que esa causal, sólo procede respecto de la valoración de la prueba, pues es un control externo de la exigencia de motivación racional de la prueba, es decir, su finalidad es controlar el sentido lógico mediante el cual el juez arribo a la decisión, por lo que no cabe extenderla al examen de las normas jurídico procesales, a cuyo efecto el cauce idóneo es el de "indebida aplicación, errónea interpretación o una falta de aplicación" de la norma procesal.

(560) DE LA RUA Fernando, La Casación Penal. Ob. Cit. p. 44, citando a la S.T.J. Cba.; "Com. y Just", t. 26.

(561) Francisco D' ALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, Ed. Abeledo – Perrot, 1993, Tomo IV, p. 466 (Cit.) DE LA RUA, Fernando, sostiene: "Ley sustantiva es tanto la que describe las conductas ilícitas y las reprime con pena, como la ley civil en cuanto ordena la restitución de la cosa obtenida mediante la comisión del delito, el resarcimiento de los daños materiales y la reparación de agravio moral que ocasione (...)

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema pudo inadmitir el recurso planteado, no obstante, haciendo uso de la facultad que le concede el apartado 4 del artículo 427° del citado Código, que le permite excepcionalmente admitir el recurso cuando la Corte Suprema, *discrecionalmente* lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial[562], lo admitió a trámite.

Justificándose en la importancia de fijar un criterio interpretativo de carácter general acerca de las relaciones y posibilidades procesales resultantes entre la detención – como medida provisionalísima – y la prisión preventiva – como medida provisional más estable -, ambas de marcada relevancia constitucional al estar implicado el derecho a la libertad personal. Precisando que la causal correcta es la *inobservancia de las normas procesales*.

iii) De la teoría de la Voluntad Impugnativa.

El Tribunal Supremo, admite a trámite el recurso, asumiendo la doctrina de la "*voluntad impugnativa*", que permite resolver cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por un cauce inadecuado, pero que se entiendan comprendidas tácitamente en la impugnación formulada en atención al contenido fundamentado y a la pretensión hecha valer por el recurso, mitigando así su rigorismo[563], sin desconocer el carácter extraordinario del recurso.

Como sostiene GIMENO SENDRA, la limitación de conocimiento del Tribunal a las cuestiones estrictamente planteadas por el recurrente se quiebran a través de la doctrina de la voluntad impugnativa[564].

Un ejemplo de esta orientación lo encontramos en diversas Sentencias del Tribunal de Casación Español: la Sentencia 1397/98 de 11 de noviembre de 1998, que sostiene: *viene reconociéndose reiteradamente por esta Sala 2ª la posibilidad de ampliar el ámbito casacional si la voluntad impugnativa implícita en el recurso autoriza a examinar y enjuiciar cuestiones trascendentes que, aunque no se*

(562) En correlación con la función de uniformidad de la jurisprudencia, adoptada por el legislador del 2004.

(563) GIMENO SENDRA, Vicente, *Los Procesos Penales*, Ob. Cit. p. 198.

(564) Ibidem. p. 199.

hayan reseñado expresamente, están inmersas en el contexto de los derechos fundamentales (...)"[565].

En el mismo sentido la Sentencia N° 29/1999, del 23 de enero de 1999, que señala textualmente: "*nos quedan por examinar las posibilidades que nos abre la voluntad impugnativa del recurrente. Encauza su posición, de manera inadecuada, por la vía de quebrantamiento de forma, pero no deja de poner de manifiesto su oposición a la sentencia que recurre. Ello nos lleva a considerar, como apunta el Ministerio Fiscal, la posibilidad de reconducir la oposición a la sentencia por la vía de la infracción de ley*"[566].

Es de destacar que la adopción por el Supremo Tribunal de la doctrina de la voluntad impugnativa es un avance novedoso al sistema de los recursos, coadyuvando a un completo proceso de reforma, garantizando la función parciaria de la casación.

B. De la Sentencia de Casación

El único motivo de casación admitido es la inobservancia de normas procesales, es decir, estamos ante la presencia de la llamada "casación formal" o por "quebrantamiento de forma", centrada en revisar si el órgano superior cumplió[567] o no con las normas jurídicas que rigen el procedimiento o la estructura y ámbito de las resoluciones que emitan en función a la pretensión y resistencia de las partes.

Por que, frente a las normas de derecho procesal, el Juez está en posición de destinatario de la norma, la cual le impone su modo de actuación y regula su conducta en el proceso[568].

(565) Ibidem. p. 198.

(566) Ibidem.

(567) Esto en razón a que frente a las normas de derecho procesal, el Juez está en posición de destinatario de la norma, la cual le impone su modo de actuación y regula su conducta en el proceso. Su misión, más que declarar el derecho es cumplirlo.

(568) En el mismo sentido Fernando DE LA RUA sostiene: "... el Tribunal de Casación no tendrá ya que examinar si el juez de mérito aplicó correctamente el derecho a los hechos, sino comprobar si cumplió e hizo cumplir los preceptos jurídicos reguladores de la actividad". DE LA RUA, Fernando: *La Casación Penal*. Ob. Cit. p. 69.

Por ello, los actos del proceso constituyen aquí el *thema decidendum*[569], respecto de lo cual se ha de comprobar si es verdad que no se ha realizado, o que no se ha realizado en las formas debidas la actividad procesal.

i) Fundamentos

La Fiscal recurrente sostiene que:

1° No es necesario para requerir prisión preventiva que antes se haya solicitado y obtenido mandato de detención preliminar;

2° Los presupuestos materiales del pedido de prisión preventiva no incorporan la necesidad que el imputado esté presente o haya sido previamente detenido; y

3° Lo único consustancial a la audiencia es que se garantice el derecho de defensa.

Por el contrario el Tribunal Superior resolvió sustentándose en que:

1° Para que se requiera prisión preventiva por primera vez es necesario que el imputado esté detenido por la Policía mediando flagrancia o por orden de detención preliminar del Juez;

2° La audiencia de prisión preventiva se debe celebrar con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y de su defensor.

3° Si bien el art. 271 inciso 2 del NCPP establece que cuando el imputado se niega a estar presente en la audiencia será representado por su abogado defensor o el de oficio, debe entenderse que tiene que encontrarse detenido y en esa condición negarse a concurrir a la audiencia.

En consecuencia para *casar o no, se* tendrá en cuenta:

1° Que la Fiscal había iniciado las diligencias preliminares a raíz de un secuestro y ulterior abuso sexual violento que sufrió la menor R.K.R.O, comprendiendo a Jimmy Cavero Ramírez, el presunto agresor y a Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cavero Ramírez

(569) CALAMANDREI, Piero: La Casación. Ob. Cit. p. 82.

por proporcionar versiones falsas sobre su paradero con la finalidad de confundir a la justicia.

2° Para ello la Fiscal habría solicitado la medida de detención preliminar contra los tres imputados, concediéndola el Juez respecto de Jimmy Cavero Ramírez, lo cual no se hizo efectivo, al punto que el encausado se encuentra en Argentina.

3° Que, posteriormente, el Fiscal Provincial dictó la Disposición de Formalización y Continuación de la investigación preparatoria contra los tres inculpados, requiriendo después el mandado de prisión preventiva y finalmente, formuló acusación contra los tres.

4° En la Audiencia de prisión preventiva, en Primera Instancia no asistieron los encausados, pero sí los abogados de su elección. En la audiencia de apelación asistieron las encausadas por delito de falsedad en juicio, el abogado defensor de oficio del imputado Jimmy Cavero Ramírez y la abogada de confianza de las otras dos inculpadas. En ambas audiencias el debate se centro en la posibilidad legal de solicitar la prisión preventiva y en el debido y oportuno emplazamiento de las dos encausadas.

Por tanto el objeto procesal del recurso de casación es la *procedencia del mandato de prisión preventiva.*

ii) Pronunciamiento del Supremo Tribunal: Desarrollo de las Instituciones de Detención Preliminar y Prisión Preventiva.

En la sentencia analizada la Corte Suprema desarrolla las instituciones de las medidas de coerción personal (detención preliminar y prisión preventiva), sosteniendo:

Que, no constituye presupuesto material de la prisión preventiva, que el imputado se encuentre sujeto a la medida provisionalísima de detención.

Exigiéndose sólo que esta medida provisional tenga lugar en los ámbitos de una investigación preparatoria formal, es decir, que se haya dictado la formalización y continuación de la investigación preparatoria a que hace referencia el artículo 336° del código procesal.

Por consiguiente el imputado contra quien se solicita mandato de prisión preventiva puede encontrarse en muy diversas situaciones

procesales. Pudiendo estar detenido policialmente, en flagrancia delictiva, por arresto ciudadano o preliminarmente por orden judicial. Asimismo puede encontrarse en la situación de no habido o sin medida coercitiva personal alguna porque el Fiscal no la solicitó ante el Juez de la investigación preparatoria, sea por la razón que fuere.

Asimismo, NO es imprescindible para decretar la prisión preventiva y condición para su imposición, que previamente se haya dictado y ejecutado la medida de detención, de suerte que si ésta no tiene lugar, porque no se efectivizó o se desestimó, es posible solicitar aquélla y concederla.

La detención, si bien es una privación de libertad provisionalísima – caracterizada por su brevedad y su limitación temporal – de naturaleza estrictamente cautelar – evita la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de la justicia – y dispuesta por la Policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria, cuya función es tanto asegurar a la persona del imputado cuanto garantizar la futura aplicación del ius puniendi mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes o inaplazables, no es, en principio, una medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva.

La prisión preventiva, es una medida coercitiva personal, estrictamente jurisdiccional, que se adopta a instancia del Ministerio Público y en el seno de un proceso penal debidamente incoado, siempre que resulte absolutamente imprescindible, que persigue conjugar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba.

Está sometida en comparación con la detención, a *requisitos más exigentes* – cuyo eje es la probabilidad positiva de la responsabilidad del imputado, la comisión del delito por él -, tanto desde la intensidad de la imputación necesaria para dictarla cuanto desde la propia configuración y valoración de los peligros que la justifican – sometida con más rigurosidad formal o material a los principios de necesidad y de motivación.

Siendo así, la detención responde tanto a la necesidad imperiosa de poner fin a la ejecución de un delito o hacer cesar sus efectos lesivos inmediatos, como a la urgencia de garantizar la presencia judicial del

imputado – evitando su fuga - y de realizar con el concurso de aquél actos de investigación y de aseguramiento inaplazables – carácter adicional de erigirse en un acto de investigación indirecto.

Por ello, está medida cautelar personal y provisionalísima será o no necesaria según las características y entidad del caso concreto y su pedido judicial – detención preliminar y de ser el caso, ulterior con aplicación extensiva, a que hace referencia el artículo 266° del Nuevo Código Procesal Penal – corresponderá exclusivamente a la estrategia y planteamiento de la investigación que el Fiscal decida.

La audiencia de prisión preventiva, regulada por los apartados uno y dos del artículo 271° del Nuevo Código Procesal Penal, prevé varias exigencias para que pueda emitirse válidamente un mandato de prisión preventiva o, alternativamente comparecencia restrictiva o simple. Son: a) requerimiento del Ministerio Público; b) realización de la audiencia en el plazo de 48 horas siguientes al requerimiento; c) concurrencia a la audiencia del Fiscal requirente, del imputado y de su defensor – si no asiste el defensor de confianza del imputado o no lo tiene se le reemplaza en el acto o interviene el defensor de oficio.

Siendo particularmente importante, a todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo 271°: "... *Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso*". No siendo, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la Audiencia de prisión preventiva: no obstante si lo es su debida citación en su domicilio real o procesal o su conducción al juzgado cuando este debidamente detenido, cumpliéndose así el principio de contradicción y se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional, en cuanto al acceso al proceso y se afirma a su vez la garantía de defensa procesal.

Si el imputado se niega a asistir, sea porque huyó, porque no es habido o porque, sencillamente no quiere hacerlo, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio.

Por tanto, el Tribunal de Alzada, al igual que el Juez de la Investigación Preparatoria, inobservaron las exigencias establecidas por el artículo 268° del Nuevo Código Procesal Penal y tergiversaron los

alcances de los artículos 261° y 264° del mismo Código en relación con la norma anteriormente citada (el Tribunal de Apelación, incluso, asumió la existencia de un presupuesto formal del pedido de prisión preventiva: el previo mandato ejecutado de detención preliminar, sin base legal que lo ampare).

Sobre esa consideración, el Juez de la investigación preparatoria limitó indebidamente el ámbito de la audiencia de prisión preventiva y no decidió sobre el fondo del asunto, sin dar pie además, pese a ser el objeto central de la misma, a un debate oral sobre el mérito del requerimiento fiscal. Por ello, la estimación del recurso de casación sólo trae consigo un juicio rescindente, ordenando su reenvió.

Se establece de la resolución de la Corte Suprema:

Con la Sentencia Casatoria N° 01-2007, cambia la jurisprudencia en Huaura, después de un año y 2 meses de la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal (abril del 2006); sólo realizaron audiencia de prisión preventiva, cuando previamente el imputado había sido detenido bajo cualquier modalidad, ahora la Corte Suprema estableció:

(1) El imputado previo al pedido de prisión preventiva puede estar o no físicamente arraigado a la investigación formal.

(2) No es absoluta la necesidad de presencia del imputado en la Audiencia de prisión preventiva no obstante si lo es su debida citación y emplazamiento. Respetándose así el principio de contradicción y el derecho de defensa, haciéndose efectiva la tutela jurisdiccional, en cuanto al acceso al proceso.

(3) Si el imputado se niega a asistir a la Audiencia de Prisión Preventiva, sea por el motivo que fuere, la audiencia se llevará a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio.

(4) La Sala Penal Suprema se pronunció conforme a lo previsto en los artículos 429°, 430° y 432° del Nuevo Código Procesal Penal.

(5) Es indispensable que las partes procesales fortalezcan su capacitación sobre la casación, requisitos de admisibilidad y procedencia y no se rechacen sus recursos.

9. CONCLUSIONES

En las consideraciones precedentes hemos pretendido dar una visión de conjunto sobre el recurso de *casación*, respecto del que no debemos olvidar que es un medio impugnatorio en sentido estricto, pues su objeto es anular la sentencia o auto recurrido, presenta un efecto no suspensivo y extensivo en lo favorable, es de naturaleza extraordinaria, se interpone contra resoluciones previstas en la ley y por causales taxativamente descritas en ellas, mitigándose con la doctrina de la voluntad impugnativa, también posee un reconocimiento de orden constitucional y es de competencia exclusiva de la Corte Suprema.

Asimismo, posee diversas finalidades, una nomofiláctica, de salvaguarda del ordenamiento jurídico, impartiendo justicia y rectificando los errores judiciales, otra función parciaria, tutelando el interés por las partes y de uniformidad de la jurisprudencia, dando seguridad jurídica y garantizando la igualdad en la aplicación de la ley. Es ésta última la lógica adoptada por el Nuevo Código Procesal Penal.

Nuestro legislador la clasifica en cuatro causales, teniendo una casación *constitucional, sustantiva, procesal* y *jurisprudencial*. La primera se sustenta en la vulneración de preceptos constitucionales, la segunda versa sobre los vicios in iudicando, estrictamente la inaplicación de la ley o aplicación indebida, es decir, un error in iuris; la tercera casación procesal o formal, versa en los vicios de actividad, el error *in procedendo* en el cumplimiento de la norma, ya sea por vicios en la tramitación, estructurales, del procedimiento o por defecto del fallo; y la última, es admitida cuando el órgano superior se aparta de los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema.

Las resoluciones que son recurribles son las sentencias o autos definitivos que se pronuncien sobre el objeto procesal, se interpone ante la Corte Superior, la cual al declarar su admisibilidad la elevara a la Corte Suprema para su calificación, el análisis de admisibilidad del Supremo Tribunal, se refiere a verificar si el recurso ha sido bien concedido y si se ha señalado explícitamente la pretensión impugnativa, para pasar a conocer el fondo del asunto.

Lo novedoso del recurso se refleja en la facultad conferida a la Corte Suprema, excepcionalmente, cuando *discrecionalmente* considere que es necesario para el desarrollo jurisprudencial.

En ese orden de ideas, el correcto y necesario desarrollo de esta institución solo será posible a través de una calificada, intensa y permanente capacitación por todos los operadores judiciales y la difusión de la jurisprudencia sobre casación de las Salas Penales de La Corte Suprema para un análisis permanente de sus criterios de interpretación y aplicación de las leyes.

PABLO SÁNCHEZ VELARDE
Catedrático de la Facultad de Derecho de la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO

IDEMSA
Lima - Perú

CÓDIGO PROCESAL PENAL
COMENTADO

Primera Edición: Lima - Diciembre de 2013
Derechos reservados conforme a ley

© IDEMSA

Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.
e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com
Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760
Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366
Cusco: Maruri N° 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-19663
ISBN: 978-612-4037-72-6
Registro del Proyecto Editorial N° 31501000900408

Ejemplares: 2.000

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita de los editores y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

Al maestro y amigo Florencio Mixán Mass.
A mis alumnos de Derecho Procesal Penal.

2. **La inscripción caducará automáticamente con el cumplimiento de la pena o medida de seguridad impuesta.**

COMENTARIO

Todas las sentencias condenatorias se registran documentariamente exigiéndose que tengan la calidad de firme (consentida o ejecutoriada),lo que constituirá el o los antecedentes penales del procesado. Dicho registro esta a cargo del Poder Judicial, caducando la inscripción automáticamente con el cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad. Se debe de señalar la importancia de la documentación para establecer la condición de reincidente o habitual del sujeto.

LIBRO CUARTO
LA IMPUGNACIÓN

SECCIÓN I
PRECEPTOS GENERALES

COMENTARIO

Durante el proceso judicial penal, el Juez A quo (Juez de primera instancia), emitirá múltiples resoluciones judiciales, decisiones que inciden en el inicio, desarrollo y fin del procedimiento, las cuales (debido a la falibilidad del órgano judicial) en algunos casos, pueden ser incorrectas o afectar del interés de las partes. En ese sentido, dichas decisiones pueden producir agravios a uno o varios de los sujetos procesales intervinientes, dependiendo el interés que defienda cada uno. Ante tal eventualidad, el ordenamiento jurídico, en aras de garantizar los derechos de los sujetos implicados en el proceso, tiene que establecer medios tendientes a corregir los mencionados errores, otorgándole a los sujetos que se sienten agraviados con el fallo emitido, la posibilidad de solicitar un reexamen de la decisión, ya sea al mismo órgano que lo emitió o a un órgano superior, a través de los denominados medios impugnatorios, los cuales pueden definirse como los mecanismos legales que permiten a las partes solicitar una modificación de la resolución judicial, cuando ésta ocasione un gravamen o perjuicio al interés del impugnante. En tal sentido, la impugnación constituye una garantía del sistema y a la vez un derecho del justiciable, y se funda en el reconocimiento de la falibilidad del juez (Véase CÁCERES JULCA, Roberto, Los medios impugnatorios en el proceso penal, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 32 y ss.).

La impugnación es el derecho público que tiene el interesado a recurrir una resolución judicial cuando dicha decisión le cause agravio, lo hace a través del recurso. Conforme lo establece el Tribunal Constitucional, el derecho a los recursos "( )constituye un elemento informante del derecho al debido

proceso, derivado del principio de pluralidad de instancias (art. 139, inciso 6, Constitución), y previsto además de manera expresa en el literal h del artículo 8, inciso 2, de la Convención Americana de los Derechos Humanos (...) conforme a ello, el derecho a la doble instancia reconoce de manera expresa el derecho de todo justiciable de recurrir una sentencia que pone fin a la instancia, especialmente cuando ella es condenatoria. Sin embargo, tal derecho a la pluralidad de instancias no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso. En ese sentido, el adecuado ejercicio del derecho de acceso a los recursos supone directamente la utilización de los mecanismos que ha diseñado normativamente el legislador, para que los justiciables puedan cuestionar las diversas resoluciones expedidas por el órgano jurisdiccional" (STC Exp. N° 01243-2008-PHC/TC FJ 2,3 y 4). Asimismo, se destaca la necesaria legitimidad para un adecuado ejercicio de tal derecho, pues, además de los presupuestos formales, se establece que debe señalarse el gravamen o perjuicio de la sentencia o resolución judicial que se impugna; "(...)el gravamen es, pues, una situación jurídica originada por la sentencia recurrida y es la condición legitimante del derecho al recurso. En definitiva, el gravamen existe cuando hay una diferencia entre lo pedido al juez y lo que éste nos concede y, lógicamente, cuando la diferencia entre lo pedido y lo concedido nos perjudica jurídicamente. El perjuicio jurídico que se puede producir con la sentencia recurrida puede ser de todo tipo; en concreto, puede ser de orden material y, por supuesto, de orden procesal. Por eso cabe recurrir en apelación las sentencias que sean perjudiciales desde el punto de vista jurídico-procesal y también las que lo fueran desde el punto de vista del derecho material" (Cortez Domínguez, Valentín, "La prueba en segunda instancia", en Cuadernos de Derecho Judicial, N° 34, 1993, España, Madrid, p. 239-256.)

Artículo 404 Facultad de recurrir.-

1. **Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida.**
2. **El derecho de impugnación corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos.**
3. **El defensor podrá recurrir directamente en favor de su patrocinado, quien posteriormente si no está conforme podrá desistirse. El desistimiento requiere autorización expresa de abogado defensor.**

4. **Los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición.**

COMENTARIO

El principio de legalidad rige el sistema de medios impugnatorios, de tal manera que las resoluciones judiciales sólo podrán ser materia de impugnación por los medios y en los casos que se encuentren previstos expresamente por la ley. Asimismo, se interpone ante el juez que emitió la resolución judicial que se cuestiona.

La legitimación activa está en relación directa con el agravio sufrido, porque el que se siente perjudicado con una resolución tiene un interés jurídicamente protegido en su corrección, por cuya causa tendría que concedérsele la posibilidad de recurrir tal fallo. Por ello, *el agravio* es un requisito imprescindible o presupuesto material para que determinado sujeto procesal sea considerado sujeto legitimado. En ese orden de ideas, tienen legitimidad activa:

1. *El imputado*, con la única condición de haber sufrido agravios derivados de la resolución emitida. De ello se desprende que puede impugnar cualquier tipo de sentencia o auto, salvo las que le sean favorables, por ejemplo, la sentencia absolutoria.
2. *El Ministerio* Público, como titular de la acción penal y defensor de la legalidad. El Código Procesal Penal 2004, reconoce expresamente la posibilidad de que pueda impugnar – incluso- a favor del imputado.
3. *El actor civil*, en principio, la legitimidad activa para interponer algún medio impugnatorio por parte de los agraviados, se encuentra condicionada a la constitución como parte civil en el proceso penal; constitución que opera ante el pedido por escrito de los autorizados por ley ante el juez competente, quien mediante auto motivado resolverá la admisión o no de dicha constitución. La excepción a esta condición, es la referida a que el agraviado está legitimado para interponer medio impugnatorio contra la inadmisión como parte civil en el proceso, además del derecho a impugnar el sobreseimiento o la sentencia absolutoria (art. 95°.1.d). Además la parte civil solo está legitimada para interponer medios impugnatorios referidos exclusivamente a su pretensión civil y las resoluciones conexas que tengan que ver con dicha exigencia. Por lo tanto, le está

vedado interponer algún medio impugnativo con respecto al extremo de la pena. Solo en el caso de sentencia absolutoria, le está permitido impugnar ese aspecto, porque su pretensión civil solo se verá satisfecha si se condena al imputado.

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

De acuerdo con el apartado 3 el defensor del imputado podrá impugnar a favor de su patrocinado; sin embargo, éste –por las razones que exponga o sin ellas- podrá desistirse posteriormente requiriendo la autorización expresa de su abogado. También se regula la adhesión de distinto sujeto procesal al medio impugnatorio interpuesto por otro, siempre que se cumplan con las formalidades que se exigen para la interposición, pudiéndose hacer suyos los fundamentos ya expuestos.

Artículo 405 Formalidades del recurso.-

1. Para la admisión del recurso se requiere:
   a) Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.
   b) Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva.
   c) Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.
2. Los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la Ley.
3. El Juez que emitió la resolución impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes,

luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. El Juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio.

COMENTARIO

La ley establece determinadas formalidades para la admisión del medio impugnatorio; así, a) que sea presentado por quien resulta agraviado por la resolución, que tenga interés directo y que tenga legitimidad; incluso por el Ministerio Público a favor del imputado, en tanto el Fiscal también actúa en defensa de la legalidad; b) que se interponga por escrito y dentro del plazo señalado; c) en forma oral, cuando la resolución se expide en el curso de la audiencia; d) que se precise las partes o puntos de la resolución que se impugna; e) que se expresen de manera específica, los fundamentos de hecho y de derecho que sustenta la impugnación; y, f) que se concluya formulando la pretensión concreta.

Tratándose de impugnaciones orales contra sentencias o autos definitivos expedidas en la audiencia, se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días. Corresponde al Juez pronunciarse por la admisión o no de la impugnación, debiendo comunicar a las partes su decisión, elevando lo actuado a la instancia superior que sea competente, facultándose al juez superior a controlar la admisibilidad del recurso (reexamen de admisibilidad), pudiendo anular el concesorio, aún de oficio.

La Corte Suprema ha expresado que el artículo en comento, salvo supuestos específicos, "(...) regula los presupuestos subjetivos y formales de los recursos impugnativos en general. En cuanto a la forma del acto de interposición, el literal b) del apartado 1 del artículo 405° del nuevo Código Procesal Penal, estipula que éste puede ser por escrito u oral. La interposición oral del recurso de la parte procesal legitimada sólo cabe respecto de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, supuesto en el que el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que la motiva. El apartado 2 del citado artículo estipula que en estos casos, de tratarse de resoluciones finales expedidas en la audiencia, el recurso se formalizará por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la Ley." (Sentencia Casatoria N° 33-2010 (Auto de calificación). Puno, de 11.11.2010, en Casaciones y Acuerdos Plenarios Vol. II, publicación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Comisión Especial de Implementación, Colección Reforma, Lima, 2012, p. 141).

Artículo 406 Desistimiento.-

1. Quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistirse antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando sus fundamentos.
2. El defensor no podrá desistirse de los recursos interpuestos por él sin mandato expreso de su patrocinado, posterior a la interposición del recurso:
3. El desistimiento no perjudicará a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas.

COMENTARIO

El desistimiento, manifestación del principio dispositivo que inspira los medios impugnatorios, es la potestad que tiene el recurrente a no continuar con su pretensión impugnatoria por considerar que no existe un interés suficiente para su sustentación o por cuestiones propias de dicha parte; objetivamente, el desistimiento expresa que la parte que había recurrido, acepta el fallo o se encuentra conforme con la resolución judicial. La impugnación interpuesta puede ser objeto de desistimiento hasta antes de que se haya expedido la resolución correspondiente, en tal sentido, tanto el fiscal como los defensores podrán desistirse expresando sus fundamentos, exigiéndose en el caso de los defensores, el mandato expreso de su patrocinado mediante firma legalizada. El desistimiento es de naturaleza individual, no perjudicará a los demás adherentes o impugnantes.

Artículo 407 Ámbito del recurso.-

1. El imputado y el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente, del objeto penal o del objeto civil de la resolución.
2. El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución.

Artículo 408 Extensión del recurso.-

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

COMENTARIO

Este artículo se refiere al efecto extensivo de los recursos, que implica, en *primer lugar*, que los sujetos procesales que no recurrieron la resolución objeto de impugnación podrán ser favorecidos con la emisión de la resolución de vista, siempre y cuando se encuentre en la misma situación jurídica; y, en *segundo lugar*, que el juez revisor puede extenderse, más allá de lo solicitado por uno de los recurrentes (en cuanto al número de personas, como también, a aspectos no considerados en la impugnación), abarcando con ello, a los sujetos procesales no recurrentes, pero solo cuando ésta les favorezca. Y ello, en virtud también, del principio de prohibición de la *reformatio in peius*. Este efecto solo puede ser posible, cuando existe una pluralidad de sujetos procesales con un interés afín, que se le denomina efecto extensivo de la resolución impugnada.

Artículo 409 Competencia del Tribunal Revisor.-

1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.
2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.
3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio.

COMENTARIO

El juez revisor será competente sólo para resolver lo que es materia de impugnación; sin embargo, luego del análisis del caso podrá declarar la nulidad de la resolución si observara la existencia de alguna causal de nulidad absoluta o sustancial (art. 150 y 151). En la misma línea de análisis integral de la resolución impugnada, el juez revisor podrá corregir aquellos errores de derecho en la fundamentación que hubiere observado, pero que no hayan influido sustancialmente en la parte resolutiva; asimismo, podrá corregir los errores materiales que en la denominación o en el cómputo de penas, se hubieren incurrido. Se establece que cuando la impugnación

la realiza el representante del Ministerio Público, el juez podrá revocar o modificar la sentencia, aún a favor del imputado; afirmándose el principio de prohibición de la *reformatio in peius*, es decir, que la impugnación interpuesta por el imputado no podrá ser modificada en su perjuicio cuando sea el único impugnante; de tal manera que si, por ejemplo, el imputado fue condenado a una pena de diez años de privativa de libertad y es el único que interpone apelación, la instancia revisora podrá disminuir la sanción, o mantenerla, pero no podrá aumentar la pena.

Artículo 410 Impugnación diferida.-

1. **En los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, la impugnación que se presente si es concedida reservará la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia, salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes.**
2. **En este último caso, la parte afectada podrá interponer recurso de queja, en el modo y forma previsto por la Ley.**

COMENTARIO

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

Artículo 411 Libertad de los imputados.-

Los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad. El juzgador está facultado para dictar las medidas que aseguren la presencia del imputado, siendo aplicable en lo pertinente las restricciones contempladas en el artículo 288.

Artículo 412 Ejecución provisional.-

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

SECCIÓN II
LOS RECURSOS

Artículo 413 Clases.- Los recursos contra las resoluciones judiciales son:

1. Recurso de reposición
2. Recurso de apelación
3. Recurso de casación
4. Recurso de queja

Artículo 414 Plazos.-

1. Los plazos para la interposición de los recursos, salvo disposición legal distinta, son:
   a) Diez días para el recurso de casación.
   b) Cinco días para el recurso de apelación contra sentencias.
   c) Tres días para el recurso de apelación contra autos interlocutorios y el recurso de queja.
   d) Dos días para el recurso de reposición.
2. El plazo se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

SECCIÓN III
EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Artículo 415 Ámbito.-

1. El recurso de reposición procede contra los decretos, a fin de que el Juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la re-

solución que corresponda. Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.

2. El trámite que se observará será el siguiente:
   a) Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente inadmisible, lo declarará así sin más trámite.
   b) Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas. Si el Juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.
3. El auto que resuelve la reposición es inimpugnable.

COMENTARIO

La reposición es un remedio procesal que está a cargo del juez que dictó la resolución que se cuestiona, de tal manera que una vez planteado por alguna de las partes, el mismo juez debe pronunciarse, ya sea confirmando o revocando. Como lo señala la disposición que comentamos, procede contra los decretos a fin de que el juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte nueva resolución; se interpone por escrito de acuerdo con las formalidades necesarias, el Juez podrá correr traslado a las partes en el plazo de 2 días, resolviéndose inmediatamente. Según esta norma, en el curso de una audiencia, el recurso de reposición será admisible contra "todo tipo de resoluciones, salvo las finales", ello daría lugar a considerar que el recurso de reposición procede contra decretos y autos dictados en el curso de una audiencia, a excepción de las finales (aquellas que pongan fin al proceso, ejemplo sentencias, autos que declaran fundadas las excepciones de prescripción, de naturaleza de acción, etc.); sin embargo, se debe tener en cuenta que solo cabe interponer el recurso de reposición contra decretos (por ejemplo objeciones) teniendo en cuenta su finalidad y su naturaleza no devolutiva. En audiencia, este recurso debe ser resuelto en la misma audiencia sin suspenderla, sin perjuicio de correr traslado a la otra parte para conocer sus fundamentos. La decisión judicial es inimpugnable.

SECCIÓN IV
EL RECURSO DE APELACIÓN

TÍTULO I
PRECEPTOS GENERALES

Artículo 416 Resoluciones apelables y exigencia formal.-

1. El recurso de apelación procederá contra:
   a) Las sentencias;
   b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestion previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que dec ren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimient la instancia;
   c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva fallo condenatorio o la conversión de la pena;
   d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las p tes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación la prisión preventiva;
   e) Los autos expresamente declarados apelables o que caus gravamen irreparable.
2. Cuando la Sala Penal Superior tenga su sede en un lugar dis to del Juzgado, el recurrente deberá fijar domicilio procesal en sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio recurso de apelación. En caso contrario, se le tendrá por notifica en la misma fecha de la expedición de las resoluciones dictad por la Sala Penal Superior.

COMENTARIO

La apelación constituye uno de los medios impugnatorios de mayor cidencia en el sistema procedimental, en virtud del cual el órgano juris cional superior puede conocer y resolver cuestiones fácticas y jurídicas decididas por el juez inferior. La apelación tiene por objeto que el órg jurisdiccional examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la solución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulad revocada, total o parcialmente (art. 364° CPC). De tal manera que, la S Superior que conoce de la impugnación, luego de examinar la resoluc

del juez de primera instancia, decidirá si la confirma, revoca o modifica. En este sentido, el Juez *Ad quem* revisa y corrige, si fuere el caso, los errores del Juez *A quo*.

En el artículo que comentamos, en claro desarrollo del principio de legalidad de los medios impugnatorios, se señalan taxativamente los casos en que procede: sentencias y autos (sobreseimiento, cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, que extingan la acción penal, que revoquen la condena condicional, sobre la constitución de las partes, sobre las medidas de coerción, entre otros).

Artículo 417 Competencia.-

1. Contra las decisiones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado, conoce el recurso la Sala Penal Superior.
2. Contra las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, conoce del recurso el Juzgado Penal unipersonal.

Artículo 418 Efectos.-

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.

COMENTARIO

El efecto suspensivo de un recurso implica la posibilidad de ejecutar la resolución de inmediato debido a que está suspendida su eficacia hasta que sea resuelta por el superior. El artículo 412 regula el efecto no suspensivo de las resoluciones impugnadas; asimismo, resalta que las sentencias y otras resoluciones que dispongan la libertad del imputado, no podrán tener este efecto es decir, que se ejecutarán inmediatamente. Ahora bien, el artículo 418 regula el efecto suspensivo del recurso de apelación, pero tratándose de sentencias que impongan pena privativa de la libertad, ese extremo se

ejecutará provisionalmente. Leídos ambos artículos pareciera un contrasentido regular, por un lado, la regla del efecto suspensivo del recurso de apelación (418) y por otro, establecer que tanto para las sentencias que impongan penas privativas de la libertad la ejecución sea inmediata; sin embargo, se debe tener en cuenta que del universo de resoluciones apelables, las que estarían sujetas a ejecución inmediata (aunque provisional) son en menor cantidad que las que no se ejecutan, por el efecto suspensivo.

Artículo 419 Facultades de la Sala Penal Superior.-

1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.
2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria.
3. Bastan dos votos conformes para absolver el grado.

COMENTARIO

Como se ha dicho, la apelación que se interpone faculta a la Sala Superior de Apelaciones a examinar la resolución impugnada tanto en la declaración de hechos, como en la aplicación del derecho, pudiendo la Sala anularla o revocarla, total o parcialmente, siendo suficiente contar con dos votos para alcanzar la absolución del grado (mayoría).

El tema relevante en este apartado radica en la facultad de la Sala para que en caso de apelación de sentencia absolutoria se pueda dictar sentencia condenatoria, lo que ha generado gran debate si se tiene en cuenta que los Pactos Internacionales reconocen el derecho del justiciable a que su condena sea objeto de revisión. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley" (art. 14° 5). Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho "a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior." (art. 8°2, h); como se aprecia ambos tratados reconocen el derecho del justiciable a que la sentencia que lo condena debe merecer su revisión por la instancia superior, lo que no ocurriría en el presente caso, es la llamada *condena del absuelto*.

TÍTULO II
LA APELACIÓN DE AUTOS

Artículo 420 Trámite.-

1. Recibidos los autos, salvo los casos expresamente previstos en este Código, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días.
2. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, y se señalará día y hora para la audiencia de apelación.
3. Antes de la notificación de dicho decreto, el Ministerio Público y los demás sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, de lo que se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales por el plazo de tres días. Excepcionalmente la Sala podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.
4. El auto en el que la Sala declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415.
5. A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia, que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra.
6. En cualquier momento de la audiencia, la Sala podrá formular preguntas al Fiscal o a los abogados de los demás sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida.
7. Salvo los casos expresamente previstos en este Código, la Sala absolverá el grado en el plazo de veinte días.

COMENTARIO

El plazo para interponer el recurso de apelación de autos es de 3 días. La Sala Superior o, en su caso, el Juzgado unipersonal (en el caso de faltas), reciben los autos y corren traslado a los demás sujetos procesales por el término de 5 días. Vencido el plazo anterior, absuelto o no el traslado, se realiza el examen de admisibilidad, que consiste en verificar: a) que hay sido interpuesto por sujeto legitimado, b) que se haya interpuesto dentro del plazo de ley y por escrito (u oralmente si es el caso); c) que se precise los puntos de la resolución impugnada, expresando los fundamentos de hecho y derecho que apoyen su postura; y d) debe concluir solicitando una pretensión determinada. El juez A Quem resolverá declarando inadmisible o admisible el recurso interpuesto, en cuyo caso señalarán día fecha y hora para audiencia de apelación mediante decreto.

Contra la resolución que declara inadmisible el recurso de apelación (en el 2° examen de admisibilidad), se puede interponer el recurso de reposición. Se entiende que el recurso de queja se interpone contra la resolución que declara inadmisible y/o improcedente el recurso de apelación, en primera instancia, pero en este caso estamos con el segundo y definitivo control de admisibilidad.

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

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

A diferencia de lo dispuesto por el art. 423°.3, la disposición que comentamos no sanciona con inadmisibilidad del recurso si el fiscal o la parte recurrente no concurren a la audiencia de apelación de auto.

El Juez *A Quem* resolverá el grado en el plazo de 20 días, analizando los fundamentos fácticos y jurídicos que llevaron al Juez *A Quo* a resolver en

el sentido impugnado, pudiendo anular o revocar la resolución impugnada total o parcialmente.

TÍTULO III
LA APELACIÓN DE SENTENCIAS

Artículo 421 Trámite inicial.-

1. Recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días.
2. Cumplida la absolución de agravios o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días. El auto que declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415.

COMENTARIO

En el caso de apelación de sentencias, en esencia, se regula las pautas para la realización del *juicio de apelación*, el cual se constituye como un segundo juicio (en tanto que se cuestione el juicio de culpabilidad o inocencia del imputado) rodeado de todas las garantías que le son inherentes, llámese contradicción, inmediación, concentración, oralidad, en cuanto sean aplicables (art. 424). El *juicio de apelación* significa que el órgano jurisdiccional de segunda instancia conocerá el juicio a través de la actuación concreta de las partes, no la lectura de los actos de prueba practicados en primera instancia.

El *juicio de apelación* constituye una nueva institución procesal en la que sí se evidencia un cambio sustancial en la forma de resolver impugnaciones que se hagan a la sentencia. En cuanto al trámite inicial, rige lo previsto en el recurso de apelación contra los autos (art. 421).

Artículo 422 Pruebas en Segunda Instancia.-

1. El escrito de ofrecimiento de pruebas deberá indicar específicamente, bajo sanción de inadmisibilidad, el aporte que espera de la prueba ofrecida.
2. 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.
3. Sólo se admitirán medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia. Si sólo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo. Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, rigen los límites estipulados en el artículo 374 del Código Procesal Civil.
4. La Sala mediante auto, en el plazo de tres días, decidirá la admisibilidad de las pruebas ofrecidas en función a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 155 y a los puntos materia de discusión en la apelación. La resolución es inimpugnable.
5. También serán citados aquellos testigos -incluidos los agraviados- que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta del juicio.

COMENTARIO

El derecho a la prueba es inherente a las partes durante todo el proceso penal sujeto a las reglas de la pertinencia, utilidad y oportunidad. En la fase del juzgamiento, la prueba ofrecida se discute y se valora, a fin que de sustento a la sentencia.

En el plazo de 5 días, luego de notificada la resolución que declara admisible el recurso de apelación, las partes podrán ofrecer medios probatorios, a efecto de que sean actuados en el juicio de apelación. Sin embargo, la posibilidad de incorporar medios de prueba en la apelación no es absoluta, no se regula un modelo pleno de apelacion (que se caracteriza por la libertad en la aportación y actuación de nuevos medios de prueba), tampoco podemos decir que se trata de un modelo limitado (donde solo existe una revisión de lo decidido en primera instancia), sino un modelo mixto, puesto que se regula la posibilidad de incorporar nuevos medios probatorios pero con las limitaciones que la norma prevé.

Conforme a la disposición en comento, en el escrito de ofrecimiento de pruebas, se debe especificar el aporte que se espera de la prueba ofrecida, bajo sanción de inadmisibilidad. La Sala, en el plazo de 3 días, decidirá el tema de admisibilidad de las pruebas ofrecidas. Se debe tener en cuenta que sólo se admitirán los medios de prueba, cuando se impugne el juicio de culpabilidad e inocencia, en caso que solo se cuestione la determinación judicial de la pena (se acepta la culpabilidad), los medios probatorios a ofrecer deberán estar referidos a ese extremo, y si la apelación está referida al objeto civil del proceso (la reparación civil), regirá lo establecido en el artículo 374 del Código Procesal Civil.

Asimismo, en cuanto a la admisibilidad de las pruebas, solo se podrá excluir aquellas impertinentes y prohibidas por ley, y también podrá limitar las evidentemente sobreabundantes o de imposible obtención (concordado con el art. 155.2). Para la admisibilidad de los medios probatorios se tendrán en cuenta los puntos materia de controversia. El auto que se pronuncie sobre la admisibilidad de los medios de prueba es inimpugnable.

El Código señala los medios probatorios que se podrán presentar (art. 422.2): a) aquellos que no pudieron ser propuestos en primera instancia, por desconocimiento de su existencia; es decir, los sobrevinientes; b) los propuestos que fueron indebidamente denegados, si se hubiese formulado en su momento la oportuna reserva, lo que resulta de suma dificultad si se tiene en cuenta que siendo denegada la prueba en fase intermedia queda aún la posibilidad de ofrecerla al inicio del juicio ordinario, vale decir, se exige que la parte a la que se le deniega la prueba, a priori, estime que la sentencia ordinaria no le va a favorecer (se reserva para ofrecerla después), requisito que, como se aprecia, resulta confuso e irrelevante; c) los admitidos que no fueron practicados por causas ajenas al interesado, no imputables a él. Sobre este último supuesto la Corte Suprema, en un caso de agresión sexual (donde la menor no pudo prestar su declaración en primera instancia, pero fue ofrecida para el juicio de apelación y negada por el tribunal) declaró fundada la casación considerando lo siguiente: "Que al desestimarse la declaración de la agraviada K.N.A.R., no se tuvo en cuenta que la actora civil en sus alegatos preliminares, conforme al acta del juicio oral de primera instancia (...), informó que el motivo de la inasistencia de la víctima se produjo por su estado de salud mental, aludiendo el informe psicológico (...) ofrecido y admitido como prueba que señalaba que la agraviada presentaba "Depresión mayor con ideación suicida actual...", y el Colegiado de primera instancia no adoptó ninguna medida para asegurar su concurrencia a juicio conforme lo dispone el artículo ciento sesenta y cuatro del nuevo Código Procesal Penal, tampoco consideró su testimonio como uno especial, conforme al artículo ciento sesenta y uno, a pesar de la justificación de inconcurrencia." (Sentencia Casatoria N° 07-2007, Huaura, 18.02.2008, ver Casaciones y Acuerdos Plenarios, Ministerio de Justicia, Comisión Especial de Implementación, T II, Colección Reforma, Lima, 2012, p. 41).

A diferencia de la apelación contra autos, en este caso está permitido el ofrecimiento, no sólo de la prueba documental, sino también de la prueba personal (testigos y peritos). La Sala revisora, a pedido de parte o de oficio, podrá citar a los testigos, incluso a los agraviados que ya han declarado en juicio oral, sólo cuando considere indispensable su presencia, por exigencia los principios de inmediación y contradicción; a efectos de sustentar el juicio de hecho de la sentencia. En caso contrario, se tomará en cuenta lo que aparece en los registros de las sesiones de juicio oral.

Las pruebas que se actúen en esta instancia dependen del objeto impugnado. Si se discute el juicio de culpabilidad o inocencia, el interrogatorio del imputado será un paso obligatorio, salvo que éste se abstenga de declarar. El plazo para dictar sentencia es de 10 días. Asimismo, el Código establece ciertos límites en cuanto a la valoración de las pruebas: la prueba actuada en la audiencia de apelación, la prueba documental, anticipada y preconstituida se valorará independientemente de la valoración hecha por el juez de primera instancia; mientras que la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia (aquella prueba que en tribunal revisor sólo conoce mediante su registro), no se le podrá otorgar valor probatorio distinto, salvo que sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.

Artículo 423 Emplazamiento para la audiencia de apelación.-

1. Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación.
2. Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal.
3. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente.
4. Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces.

5. **Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación; y,**
6. **Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.**

COMENTARIO

Luego de decidirse la admisión de las pruebas, se procederá al emplazamiento de las partes para la realización del juicio de apelación, estableciéndose determinadas reglas que se explican por sí mismas, destacándose las siguientes. En principio, se convocará a todas las partes, incluso a los no recurrentes, al juicio de apelación; cuando la apelación fuere interpuesta por el Fiscal, su concurrencia, así como del imputado –y de los demás imputados- es obligatoria; si el Fiscal o el imputado son partes recurrentes y no concurren a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que hayan interpuesto; también es obligatoria la asistencia de las partes privadas si sólo ellas hubieran interpuesto el recurso, si no concurren igualmente se declarará su inadmisibilidad. Esta inadmisibilidad del recurso solo procede tratándose de apelación de sentencias y no de autos, así lo ha resuelto la Corte Suprema cuando afirma que "(...) la asistencia a la audiencia de apelación de autos es, propiamente, una posibilidad procesal, en tanto oportunidad procesal que se brinda al apelante a fin de acrecentar sus expectativas de una decisión favorable con su asistencia a las audiencias y exponer razonada, razonable y oralmente sus puntos de vista fácticos y jurídicos, así como sus propias pretensiones y resistencias. El NCPP, para el caso del recurso de apelación, ha configurado la asistencia del impugnante a la apelación como una carga procesal sólo cuando se apelen sentencias, pues su inasistencia determina la declaración de inadmisibilidad del recurso." (Sentencia Casatoria N° 52-2009 (Auto), Arequipa, 13.07.2010, en Casaciones y Acuerdos Plenarios, publicación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Vol. II, Colección Reforma, Lima, 2012, p. 95.)

Sobre el caso de inconcurrencia del imputado a la audiencia de apelación, la Sala Suprema ha considerado que la audiencia de apelación de sentencia puede realizarse con la sola presencia del abogado defensor del imputado que ha sido condenado a pena efectiva y se ha ordenado su captura: "En consecuencia, en este caso concreto, como está en riesgo la libertad personal del imputado –y sólo porque lo está de modo irremediable- sería desproporcionado atar a su inconcurrencia la inadmisibilidad del recurso que interpuso. Por

ello cabe concluir que el motivo de su probable inasistencia está justificado. La audiencia de apelación, por tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, a quien debe reconocerse, analógicamente, la representación del imputado y, por tanto, los derechos de intervención en todas las diligencias y de ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal)". (Apelación N° 02-2009/La Libertad, de 26.06.2010, en Casaciones y Acuerdos Plenarios, T. II, publicación del Ministerio de Justicia, Comisión Especial de Implementación, Colección Reforma, Lima, 2012, p. 62).

En el caso que el Fiscal Superior no se encuentre conforme con la apelación interpuesta por el Fiscal Provincial, no está obligado a sustentarla, pero deberá desistirse motivadamente de dicha impugnación dentro de los cinco días siguientes a la notificación o deberá sustentarla oralmente en la audiencia (Directiva N° 005-2012-MP-FN, Fund. 9, publicado el 15.08.2012; en esta misma Directiva, para el mejor desempeño de la función Fiscal, se señala que en los casos de apelación, el Fiscal Provincial deberá remitir al Superior, en el plazo de 3 días, la carpeta fiscal; sin perjuicio que le preste el apoyo necesario en los casos complejos, Fund. 12; asimismo, el Superior deberá concurrir a las audiencias de apelación de autos y sentencias cuando el imputado sea el recurrente y la resolución favorezca la pretensión del Ministerio Público, Fund. 11).

Artículo 424 Audiencia de apelación.-

1. En la audiencia de apelación se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia.
2. Al iniciar el debate se hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes. Acto seguido, se dará la oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como para que ratifiquen los motivos de la apelación.
3. A continuación se actuarán las pruebas admitidas. El interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar.
4. Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aun de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.

5. Al culminar la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden empezando por las recurrentes, de conformidad en lo pertinente con el numeral 1) de artículo 386. El imputado tendrá derecho a la última palabra. Rige lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 386.

COMENTARIO

Las reglas del juicio de apelación son claras; se aplican las normas propias del juicio ordinario; el Juez Superior, director del debate, dirigirá la audiencia; las partes se acreditarán; se dará lectura –resumidamente- a la sentencia impugnada y de las impugnaciones que se hubieren formulado; las partes podrán desistirse de la apelación o ratificarse en la misma. Sigue la actuación de las pruebas admitidas iniciándose por las propuestas por la parte impugnante; el interrogatorio del imputado será obligatorio cuando se discute cuestiones de hecho; sin embargo, el imputado tiene el derecho a abstenerse de declarar, en cuyo caso consideramos que puede leerse su declaración en el juicio de primera instancia; también puede leerse el informe pericial y el examen del perito. Seguidamente, se procederá a los alegatos finales, empezando por los recurrentes, dejándose para el final el uso de la palabra al imputado.

Conforme a la normatividad en comento, el juicio de apelación, ha de exigir análisis de los medios de prueba y debate correspondiente, a fin de que los jueces formen convicción y resuelvan; sin embargo, es del caso que la audiencia solo registre la intervención de las partes en temas que son de puro derecho.

Artículo 425 Sentencia de Segunda Instancia.-

1. Rige para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia lo dispuesto, en lo pertinente, en el artículo 393. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de diez días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos.
2. 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.
3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede:

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

4. La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública. Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia.
5. Contra la sentencia de segunda instancia sólo procede el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para su admisión.
6. Leída y notificada la sentencia de segunda instancia, luego de vencerse el plazo para intentar recurrirla, el expediente será remitido al Juez que corresponde ejecutarla conforme a lo dispuesto en este Código.

COMENTARIO

La sentencia de apelación o de segunda instancia tiene las notas características de deliberación y votación prevista para el proceso común, dictándose la misma en el plazo de 10 días, sea por unanimidad o mayoría. Para tal decisión se establece expresamente –como regla general- que la Sala solo valorará la prueba actuada en la audiencia; así como la prueba pericial, prueba documental, prueba preconstituida y anticipada, que examina el tribunal, estableciendo el mérito que corresponda; sin embargo, tratándose de aquella prueba personal (declaración del imputado o testigos) deben mantener su valor otorgado por el juez de primera instancia, salvo que sea objeto de cuestionamiento por alguna otra prueba actuada en la audiencia de apelación. De

lo expuesto, la audiencia de apelación no se convierte en un nuevo espacio para actuar y discutir nuevamente *toda* la prueba actuada en el juicio anterior, sino que, puede, en la práctica, reducirse al reexamen o nueva valoración de aquella, o como lo establece la Corte Suprema, *reduce* el criterio fiscalizador del tribunal de apelaciones. Se ha dicho lo siguiente: "Es exacto que, con arreglo a los principios 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 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 inconmovible, pues a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que mencionó 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 (ver: Gimeno Sendra, Vicente; Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid, dos mil cuatro, páginas doscientos setenta y cinco / doscientos setenta y seis)." (Sentencia Casatoria N° 05-2007-Huaura, 11.10.2007, Fundamento séptimo; en Casaciones y Acuerdos Plenarios, publicación del Ministerio de Justicia, Comisión Especial de Implementación, Colección Reforma, T II, Lima 2012, p. 30.).

De otro lado, la sentencia de segunda instancia puede declarar la nulidad de todo o en parte de la apelada y remitir lo actuado al Juez competente para la subsanación correspondiente; puede confirmar o revocar la apelada. Si la sentencia es absolutoria, puede confirmarla o referir la absolución por una causal distinta a la sustentada por el juez, o también condenar al absuelto imponiendo las sanciones correspondientes (art. 425.3 b), facultad ésta que puede ser objeto de polémica dada las normas internacionales que establecen el derecho que tiene el justiciable de que su condena pueda ser revisada por instancia superior y, en el caso anotado, no se podría (Véase Salas Arenas, Jorge. La condena del absuelto, reformatio in peius cualitativa. Idemsa. Lima. 2011).

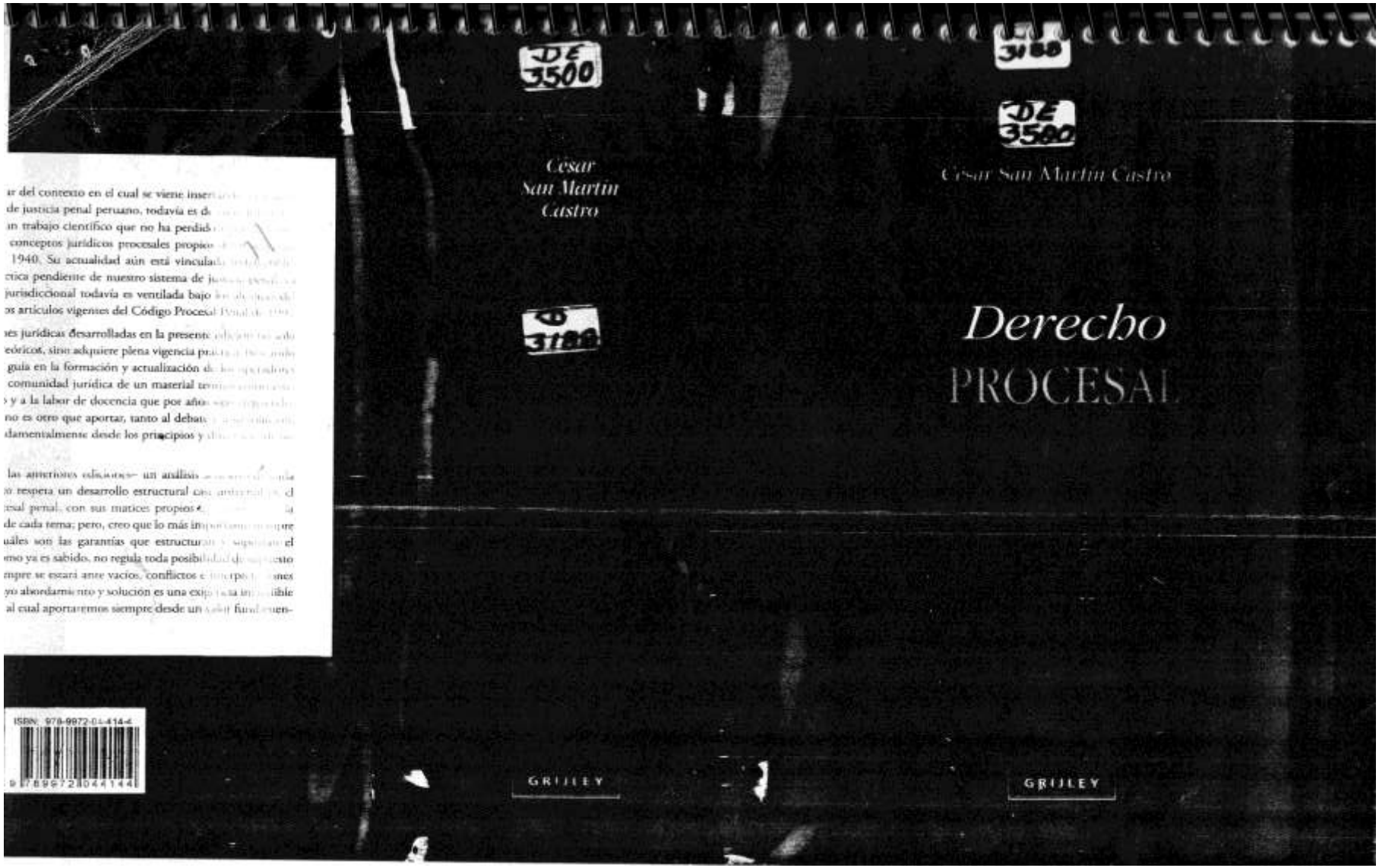
Sin embargo, otro sector de la doctrina nacional sostiene lo siguiente: "la tesis del 'doble conforme' (la condena debe ser afirmada por dos órganos jurisdiccionales en fallos sucesivos) no se deduce linealmente del texto de la norma internacional, pues –a nuestro juicio– lo que en puridad se exige es la necesaria habilitación de un recurso devolutivo, que permita someter a condena o un tribunal superior, en cuyo caso la decisión de condena que puede surgir del Tribunal Superior habría sido tonada precisamente en un segundo enjuiciamiento que es el núcleo escencial de la previsión del PI DCP" (San Martín Castro, César, Estudios de Derecho Procesal Penal, Grijley, Lima, 2012, p. 469).

Si el fallo es condenatorio, la Sala puede dictar sentencia absolutoria; también puede darle al hecho una denominación jurídica distinta o más grave a la señalada por el juez a quo, cuando haya sido propuesto por el Fiscal en la acusación y en su recurso, como por ejemplo, se acusó por robo agravado y se condenó por robo, apelándose se condena por el primero. También puede la Sala modificar la pena e imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad. En el caso que se anule el juicio, y ello sea consecuencia de un recurso a favor del imputado, el juez competente para realizar el nuevo juicio, no podrá aplicar una pena superior a la impuesta en la sentencia primigenia (art. 426.2).

La sentencia de segunda instancia se pronuncia en audiencia pública en la fecha establecida y con las partes que concurran. Contra ella solo procede recurso de casación y los pedidos de aclaración o corrección. La sentencia se ejecuta por el juez que corresponda.

Artículo 426 Nulidad del juicio.-

1. En los casos del literal a) del numeral 3) del artículo anterior, no podrán intervenir los jueces que conocieron del juicio anulado.
2. Si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en éste no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.


JE 3500
JE 3580
César San Martín Castro
Derecho
PROCESAL
GRIJLEY
GRIJLEY

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<info@grijley.com>,
en el mes de abril de 2014.

Capítulo XXXI
EL RECURSO DE APELACIÓN

SUMARIO: I. Aspectos generales. II. Apelación contra resoluciones instructoras. III. Apelación contra sentencias. IV. Algunos principios de la apelación penal: 1. Limitación del conocimiento del Juez *ad quem*. 2. Prohibición de pronunciarse sobre los no apelantes. 3. Extensión de la competencia en los supuestos de estrecha relación. 4. Competencia para estudiar los presupuestos de validez del proceso. 5. Vigencia de la "*reformatio in peius*". 6. Posibilidad de apreciar nueva prueba. 7. El Juez *ad quem* puede condenar al absuelto. 8. Necesidad de nueva audiencia.

I. ASPECTOS GENERALES

Las resoluciones judiciales pueden estar viciadas, acota CORTÉS DOMÍNGUEZ, por un doble orden de motivos: en primer lugar, por *vicios de actividad*, que son irregularidades en algunos de los actos externos que componen la sentencia y el proceso que la antecede; y, en segundo lugar, por *defectos de juicio*, que son las desviaciones o equivocaciones que sufre el juez en la labor lógica que debe llevar a cabo en la resolución[105]. En tal virtud, es posible hablar de resoluciones inexistentes, en el primer caso, y resoluciones regulares pero con defecto de razonamiento, en el segundo caso. Para remediar esto último, nace el *medio de gravamen*, por el cual se busca remediar el error judicial en una sentencia equivocada y por tanto injusta, cuyo medio típico es el recurso de apelación.

En abstracto, el recurso de apelación puede dirigirse contra resoluciones interlocutorias, que realizan la dirección del proceso, y contra la sentencia final de una instancia del proceso. Este recurso, cuando está radicado en las sentencias, es el mecanismo procesal para conseguir el *doble grado de jurisdicción* (es el que configura la segunda instancia), a que hace referencia de modo amplio el art. 139°.6 Const. y desde una perspectiva más estricta los arts. 11° de la LOPJ y X del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

---

105. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*. Colex, Madrid, 1996, p. 336.

Concebir el recurso de apelación como un medio de gravamen, importa: a) que si transcurrido el tiempo para la interposición de la alzada ésta no se ejercita, entonces, la resolución llega a ser declaración de derecho, por lo que durante ese lapso sus efectos jurídicos están suspendidos (en la impugnación, por lo general, la resolución recurrida se ejecuta provisionalmente); y, b) que el Juez Revisor tiene los mismos poderes y posibilidades que el Juez *a quo*, desde que por el medio de gravamen se pretende una nueva resolución, consecuentemente, el primero debe contar con el mismo nivel de conocimientos y de datos del segundo; en este caso el Juez Revisor conoce de nuevo y dicta una segunda resolución sobre lo ya decidido por el Juez *a quo*, es decir, su conocimiento es general, a diferencia del conocimiento restringido y limitado al examen del motivo de impugnación alegado propio de la impugnación.

En virtud de lo expuesto, se define el recurso de apelación, siguiendo a ESCUSOL BARRA, como aquel medio de impugnación de resoluciones judiciales, por el que se pretende que el órgano jurisdiccional superior jerárquico del que dictó la resolución apelada (es un recurso parcialmente devolutivo y vertical), valore los planteamientos del recurrente y deje sin efecto la resolución recurrida o la sustituya por otra que sea acorde con la ley[106]. A través de la apelación, aclara ORTELLS RAMOS, el Juez Revisor puede juzgar y resolver de nuevo cuestiones fácticas y jurídicas ya resueltas y hacerlo con toda la amplitud que determine el recurrente y que autoricen los poderes oficiales de aquel órgano jurisdiccional[107].

En nuestro proceso penal existen recursos de apelación: 1. Contra las resoluciones instructoras del Juez Penal (v. gr.: autos que resuelven excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, medidas cautelares y contracautelares, medidas instrumentales restrictivas de derecho, denegación de actos de investigación, sobreseimiento, etc.). 2. Contra las sentencias expedidas por los Jueces de Paz en los juicios por faltas. 3. Contra las sentencias dictadas por los Jueces Penales en los juicios sumarios o abreviados. En puridad, el conjunto de esas apelaciones en el sistema de los Códigos de 1940 y 1991 constituyen medios de gravamen, con algunos matices que se precisarán para el caso de las sentencias en los procesos por delitos menos graves. En cambio, en el Proyecto de 1995 la apelación de sentencias, especialmente en el caso del procedimiento sumario o abreviado –que en dicho Proyecto se denomina proceso ordinario–, constituye un medio de impugnación en sentido estricto.

[106] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 677.

[107] En: MONTERO AROCA y *et al*.: *Derecho jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), cit., 1991, p. 429.

La competencia funcional para conocer del recurso de apelación contra las resoluciones instructoras dictadas por el Juez Penal la tiene la Sala Penal Superior. En el caso de los juicios por faltas, la competencia funcional la tiene el Juez Penal. El recurso de apelación se interpone por escrito con firma de Letrado. Para su procedencia no se exige fundamentación, pero sí la precisión de los agravios que ocasiona la resolución recurrida, la cual se difiere al procedimiento recursal, antes de que se absuelva el grado. La sustentación del recurso, explican BERNAL CUÉLLAR y MONTEALEGRE LYNETT, está orientada a impedir la inútil dilación de los procesos y a exigir del recurrente que señala, así sea someramente, las razones que lo llevan a impugnar la decisión, y debe entenderse como la enumeración en forma clara y precisa de los fundamentos del disenso[108].

El art. 339° del Código de 1991, desde el punto de vista de la competencia funcional, ha instituido tres denominaciones de recursos de apelación. Se denomina *apelación elemental* cuando se recurra de una resolución dictada por el Juez de Paz, correspondiendo su conocimiento al Juez Penal (el art. 23°.4 limita las resoluciones apelables a las sentencias, aunque el art. 389° comprende expresamente a los autos). Se denomina *apelación superior* cuando se recurra de una sentencia expedida por los Jueces Penales en los procesos ordinarios y en los procesos especiales por razón del ejercicio privado de la acción penal o cuando se recurra de autos definitivos (que resuelvan cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales, que declaren extinguida la acción penal o que pongan fin al procedimiento o la instancia) o que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena, en cualquier clase de proceso. Su conocimiento corresponde a las Salas Penales Superiores (art. 22°.4). Finalmente, se denomina *apelación suprema* cuando se recurra de las sentencias o de los autos definitivos o que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena, en los procesos especiales por razón del delito o la pena, dictados por las Salas Penales Superiores en primera instancia (arts. 373° y 375°).

II. APELACIÓN CONTRA RESOLUCIONES INSTRUCTORAS

El recurso de apelación es un recurso ordinario y principal, no subsidiario, que se interpone ante el mismo juez que dictó el auto cuestionado. El plazo de interposición del recurso es, aparentemente, de un día en el Código de 1940, si es que se aplica supletoriamente el art. 295° de dicho Cuerpo

[108] BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1995, p. 232.

de Leyes, modificado por el Decreto Ley N° 21895. Sin embargo, la Corte Suprema ha establecido recientemente que tratándose de autos, ante la falta de norma expresa, es de acudir en vía supletoria al Código Procesal Civil por imperio de su Primera Disposición Complementaria; en consecuencia, de conformidad con el art. 376°.1 de dicho Código, la impugnación debe producirse dentro del término de tres días[109]. En el caso del Código de 1991, el plazo es de tres días (art. 344°).

El Código de 1940 no tiene una lista de resoluciones recurribles en apelación. Empero, de modo general –siguiendo el modelo del procedimiento civil– se entiende que son impugnables en apelación los autos, es decir, aquellas resoluciones que resuelven sobre el rechazo de la promoción de la acción penal, las formas de conclusión especial del proceso –cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales, sobreseimiento–, la admisión, improcedencia o modificación de las medidas limitativas de derechos, las "*demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento*" (art. 121°, segundo párrafo), así como los autos que desestiman medios de prueba (art. 190° *in fine* del CPC). El art. 365° del Código Procesal Civil también comprende a las sentencias en el recurso de apelación.

El Código de 1991 incluye los autos que declaran extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia, así como aquellos que revoquen la condena condicional o la conversión de la pena (arts. 340°.2 y 341°.2). Sin embargo, pese a esta concepción limitativa de la procedencia de la apelación, el art. 343° prescribe *que "el recurso de apelación procede cuando, sin estar específicamente previsto, deba satisfacerse el principio constitucional de la instancia plural"*, situación que posibilita la proliferación de impugnaciones en la fase sumarial, desnaturalizando su contenido, y que da a entender erróneamente que la instancia plural significa que toda decisión debe ser objeto de un recurso ordinario, cuando en puridad la alzada sólo procede frente a aquellas resoluciones que ocasionan a las partes un determinado gravamen irreparable.

Es de tener presente que, de modo específico, el Código de 1940 prevé recurso de apelación en los siguientes casos: a) autos que declaran no haber lugar a la apertura de instrucción, art. 77°; b) resoluciones que resuelven incidentes, art. 90° (decisiones que requieren motivación expresa y que resuelven cuestiones vinculadas a la validez del procedimiento o a la procedencia de determinados actos procesales); y, c) autos de embargo, art. 94°. En cuanto a las normas vigentes del Código de 1991, son apelables específicamente: a) los autos de detención, art. 138°; y, b) los autos de libertad provisional, art. 185°.

[109] Ejecutoria Suprema de 5 de diciembre de 1997, Exp. N° 3206-96, Lambayeque.

La apelación de los autos dictados en la etapa de instrucción es, en esencia, un medio de gravamen. El Código de 1940 ni siquiera condiciona su procedencia a la expresión de los motivos de impugnación o agravio. El Código de 1991, aun cuando exige la motivación del recurso (art. 334°, segundo párrafo), no condiciona su procedencia a especiales motivos taxativamente estipulados en la ley. En consecuencia, en ambos Códigos, solo basta que la resolución recurrida haya producido un agravio o perjuicio a la situación procesal de las partes. En tanto se cumplen los requisitos formales para su interposición, el juez *a quo* está obligado a concederlo, lo cual obedece al hecho de que "...con el recurso se denuncia la infracción de algún precepto observable, y a que, además, el recurso es cauce a través del cual fluye una concreta actividad depuradora, que pretende el triunfo del principio de legalidad y el respeto al derecho fundamental de tutela judicial efectiva[110].

La concesión del recurso, sea en uno o en ambos efectos, importa la elevación de los actuados, en rigor, del cuaderno correspondiente (en la etapa sumarial o de instrucción la impugnación de una resolución no puede interrumpir el curso de la investigación) al órgano judicial superior. Recibidos los actuados, se correrá vista fiscal en aquellos casos en que la ley expresamente lo dispone. Es de tener presente que el art. 91° de la LOMP señala los casos en que procede la vista fiscal: cuestiones de competencia, recusación e inhibición, acumulación y desacumulación, cuestiones previas, prejudiciales y excepciones, constitución en parte civil, embargo, libertad provisional y libertad incondicional; y, que el art. 138° del Código de 1991, norma vigente, prohibe expresamente la vista fiscal cuando se trate de apelación de autos de detención.

Recibidos los autos de la Fiscalía con el dictamen respectivo o en los casos en que este trámite no proceda, se pondrá la causa en conocimiento de las demás partes para que presenten sus alegatos o, en su defecto, se comunicará a las partes que la causa está expedita para ser resuelta (arts. 373°, 376° y 377° del CPC). A continuación, se señalará día y hora para la vista de la causa, cuyo plazo será de cinco días cuando se trata de procesos con reo en cárcel o que estén por prescribir (art. 131° LOPJ). El informe oral a la vista de la causa solo procederá en las resoluciones que ponen fin al proceso, sea que así lo haya declarado el juez *a quo* o que su decisión por el juez Revisor pueda importar el archivo del proceso, salvo que solicite la parte y el grado sea de notoria importancia (art. 132° LOPJ).

En el Código de 1991, recibidos los autos del Ministerio Público, se notificará a las partes para que dentro de dos días presenten sus alegatos.

[110] ESCUSOL BARRA, *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 678.

La resolución que absuelve el grado se dictará en el plazo de tres días si se trata de procedimiento con detenido y de cinco días en los demás casos, salvo disposición contraria de la ley (art. 334°).

Los códigos rituarios penales, incluyendo el Código Procesal Civil, no contemplan la posibilidad de realización de prueba en las apelaciones de resoluciones interlocutorias: no puede pedirse al órgano *ad quem* la práctica de actos de investigación complementarios que amplíen los elementos de convicción relevantes para resolver, por lo que la concepción de la ley es la de una "*apelación limitada*". Empero, los tribunales penales, uniformemente, aceptan la presentación de prueba instrumental. Tal concepción, explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, es consecuencia de concebir la apelación como medio de gravamen, aunque se admite la prueba documental (modelo español, art. 231° Ley de Enjuiciamiento Criminal) porque normalmente es la que posibilita una valoración más unitaria de la cuestión sometida a litigio, en modo tal que se piensa que la valoración que hace o que pueda hacer el Tribunal de esos documentos no será distinta a la que podía hacer el juez *a quo*[111].

La resolución del recurso se adopta en forma de auto y, como apunta ORTELLS RAMOS, su sentido puede ser estimatorio o desestimatorio, aunque también influye en sus efectos que la instrucción siga abierta o esté ya concluida. Si la instrucción está abierta se devuelven los autos al Juez *a quo* (si el efecto del recurso es suspensivo, la estimación del recurso originará el levantamiento de la suspensión de la ejecución); en cambio, si la instrucción ya culminó y la apelación es estimada, además de la revocación del auto apelado, se revoca igualmente la resolución que da por concluida la instrucción y se devuelve este para el cumplimiento de la resolución del recurso[112].

El Juez revisor no solo puede, dentro de los márgenes atribuidos por el recurso –la propia resolución impugnada y su tramitación–, confirmar o revocar la resolución, siempre que ello no entrañe modificación del auto impugnado en perjuicio del apelante y en la medida que sólo él haya interpuesto el recurso. Además, puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa (art. 370° CPC) y en todo aquello "accesorio, incidental o subsidiario" (art. 298° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, y art. 326° *in fine* del Código de 1991). Por último, puede anular la resolución recurrida y la tramitación que dio lugar a dicha resolución, en aquellos supuestos en

[111] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 648.

[112] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), cit. 1991, p. 452.

que se ha producido un defecto insubsanable que vicia la validez de los actos procesales correspondientes (art. 382° CPC).

Emitido el auto de vista, solo cabe a las partes formular pedidos de aclaración o corrección; en el primer caso, cabe aclarar un concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria o que influya en ella; y, en el segundo caso, corresponde corregir cualquier error material evidente (los errores numéricos y ortográficos pueden corregirse en cualquier momento) o completar la resolución respecto de puntos controvertidos pero no resueltos (arts. 406° y 407° CPC).

III. APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS

El recurso de apelación se encuentra específicamente previsto para las sentencias dictadas por los jueces Penales en los procedimientos sumarios o abreviados (arts. 7° del D. Leg. N° 124, y 305° del Código de 1991) y por los jueces de Paz Letrados en los procedimientos por faltas (art. 6° de la Ley N° 27939 de 12 de febrero de 2003).

En cuanto a la naturaleza del recurso de apelación nacional contra las sentencias, es de puntualizar que en los dos Códigos tiene la calidad de medio de gravamen y, por ende, buscan un nuevo conocimiento de la causa. En cambio, el modelo de apelación impuesto en el Proyecto de 1995, siguiendo la fuente española, tiene una naturaleza híbrida aunque más alineado a la naturaleza de medio de impugnación. En efecto, explica CORTÉS DOMÍNGUEZ, se exige formalizar el recurso y se condiciona la impugnación a la precisión de causales o motivos específicos de procedencia, lo que es propio de todo medio de impugnación; pero, por otra parte se permite la solicitud de recibimiento de la apelación a prueba, concebida en términos amplísimos, con lo que se busca un nuevo, completo y más exacto conocimiento de la realidad, juzgando no sólo el material fáctico obtenido en primera instancia, sino también el que se haya podido obtener posteriormente en la apelación, lo que afilia el recurso a su consideración de medio de gravamen[113].

El recurso de apelación regulado para ambos fallos produce el efecto devolutivo. También tienen efecto suspensivo. Sobre el particular, el art. 336° del Código de 1991 señala que salvo "salvo disposición contraria de la ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere". Por su parte,

[113] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 653.

el art. 293° del Código de 1940 precisa que la interposición del recurso de nulidad –lo que se hace extensivo al recurso de apelación– no impide que se cumpla la sentencia expedida por el Tribunal, salvo el caso de la pena de expatriación (las demás penas infamantes de privación de libertad resultan inaplicables con la entrada en vigor del nuevo Código Penal).

Interpuesto el recurso de apelación ante el Juez que emitió el fallo cuestionado, éste debe concederlo, siempre que se hayan cumplido los requisitos objetivos y subjetivos previstos en la ley. La apelación debe interponerse por escrito y presentarse dentro del plazo de ley: en la legislación vigente es de tres días para sentencias por delitos menos graves y de un día para sentencias por faltas, mientras que en el Código de 1991, uniformemente, es de tres días en ambos casos; y, debe precisarse el agravio, el vicio o el error que la motiva, pudiendo diferirse la fundamentación hasta el momento de alegatos que se llevará a cabo ante el órgano judicial funcionalmente competente para conocer la alzada.

Elevado el proceso principal al Juez *ad quem*, el procedimiento recursal en el caso del procedimiento sumario o abreviado importa la vista fiscal. Emitida ésta, que debe realizarse en el término de ocho días si hay reo en cárcel y de veinte días si no lo hay, el órgano judicial debe poner en conocimiento de las partes el dictamen y, vencido este trámite, debe señalar día y hora para la vista de la causa, en la cual es posible el informe oral de éstas[114]. Producida la vista, con informe oral o sin él, el Tribunal debe emitir sentencia dentro de los quince días siguientes (art. 8°, D. Leg. N° 124).

El Decreto Legislativo N° 124 permite al Tribunal decidir si el grado ha de ser absuelto por un Vocal o por el Pleno de tres miembros. Esta decisión, por completo inimpugnable, se dictará en función al número de procesados y a la complejidad del caso.

La actuación de pruebas no está expresamente permitida, salvo el caso de la prueba documental, según ya se ha expresado. Por ello, llama la atención que el Supremo Tribunal, dando un alcance inusitado al recurso de apelación penal –obviamente restrictivo de nuestro modelo de enjuiciamiento– haya anulado un fallo de segunda instancia cuando no se tuvo a la vista las pruebas ofrecidas oportunamente [*sic*] por la parte civil[115]. El originario procedimiento sumario o abreviado del Decreto Ley N° 17110 facultaba al Tribunal, en decisión inimpugnable, a derivar el conocimiento de la causa en juicio

[114] Ejecutoria Suprema de 18 de mayo de 1994, Exp. N° 1273-93-B, Puno (ROJAS PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 377-378).

[115] Ejecutoria Suprema de 10 de octubre de 1977, Exp. N° 856-77, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 21).

oral, en cuya virtud era del todo posible actuar pruebas en segunda instancia, sin ningún tipo de limitación derivada del grado. El modelo del Proyecto de 1995 permite la actuación de nueva prueba en supuestos taxativamente contemplados y, por tanto, concibe la realización de una vista de la causa o audiencia de segunda instancia.

La sentencia de vista está sometida a los mismos límites de la apelación contra las resoluciones interlocutorias: **a)** respeto de la interdicción de la *reformatio in peius*; **b)** extensión del conocimiento por el Juez *ad quem* al análisis de la validez del procedimiento que dio lugar a la resolución recurrida, así como a los vicios procesales intrínsecos a dicha resolución; y, **c)** posibilidad de integrar o complementar el fallo recurrido en supuestos accesorios y en los casos en que existió motivación de un punto determinado, pero no se hizo mención a él en la parte resolutiva. Esta sentencia es definitiva, pues no cabe contra ella recurso alguno (art. 9°). Sólo procede petición de aclaración o corrección, en los términos fijados en los arts. 406° y 407° del CPC y, en el caso del modelo de 1940, *recurso de queja excepcional* cuando se ha producido una infracción a la Constitución o una grave violación de las normas sustantivas o procesales de la ley penal (art. 292° *in fine* CPP, modificado por el Decreto Legislativo N° 126).

Tratándose de apelación de sentencias por faltas, el juez penal resuelve inmediatamente por el solo mérito de lo actuado, sin perjuicio de la vista de la causa y de los informes orales correspondientes. Sin embargo, el art. 390° del Código de 1991 solo permite alegatos escritos de los defensores, lo que constituye un contrasentido con la opción por el procedimiento oral impuesto en dicho procedimiento.

IV. ALGUNOS PRINCIPIOS DE LA APELACIÓN PENAL

Son siete los principios de la apelación penal que es del caso destacar:

1. LIMITACIÓN DEL CONOCIMIENTO DEL JUEZ *AD QUEM*

El principio del debido proceso exige que el Superior solo conozca de los aspectos impugnados de la resolución del Juez *a quo*. La competencia recursal está delimitada a los temas objeto de la impugnación. Así lo consagra el art. 332° del Código de 1991. Es, como acota LEONE[116], el principio del llamado efecto parcialmente devolutivo –"*tantum devolutum quantum*

[116] LEONE: *Trattato de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 165.

apellatum"– en cuya virtud el juez *ad quem* debe reducir los límites de su resolución a las únicas cuestiones promovidas en el recurso. La apelación moderna, como anota CALAMANDREI, está encaminada más que a un nuevo estudio por parte del juez de mérito, a un nuevo examen de la decisión de primera instancia, a fin de ver si ella, en relación con el material recogido por el primer juez, fue justa y correcta.

2. PROHIBICIÓN DE PRONUNCIARSE SOBRE LOS NO APELANTES

Como la competencia del Juez *ad quem* está circunscrita al ámbito de los extremos del recurso de apelación, tampoco cabe que se pronuncie sobre la situación de todas las personas afectadas por la decisión judicial. Donde no hay interés de las partes, al no aceptarse el principio contrario de la comunidad de la apelación, le está vedada al órgano judicial revisor extender de oficio su conocimiento a los no recurrentes, extremo en el cual la decisión recurrida queda firme.

Sin embargo, como explica María Pía CALDERÓN CUADRADO, la limitación de las facultades del Juez *ad quem* derivada de la pretensión impugnatoria no puede llegar a sus últimas consecuencias en atención a los intereses en juego en el proceso penal, por lo que será posible, al margen del viejo axioma "*tantum devolutum quantum apellatum*" y de la interdicción de la "*reformatio in peius*", que el condenado obtenga en apelación una sentencia favorable, aun no siendo él el recurrente[117].

3. EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA EN LOS SUPUESTOS DE ESTRECHA RELACIÓN

Es posible que el Juez *ad quem* pueda extender su competencia a materias que no fueron objeto de la impugnación o a imputados no recurrentes, "cuando exista una estrecha relación con los aspectos sometidos a consideración de segunda instancia, y no opere el fenómeno de rompimiento de la unidad procesal. Es decir, en aquellas hipótesis en que, dada la naturaleza del asunto, las decisiones adoptadas deben aplicarse a todas las materias o a los no recurrentes, por tratarse de fenómenos objetivos con efectos generales; o cuando la decisión de segunda instancia resulta más favorable para los no impugnantes"[118].

Es de tener presente, siguiendo a LEONE[119], que (a) si los puntos de la decisión impugnada resultan, además, estrictamente dependientes; (b) si los

[117] CALDERÓN CUADRADO: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, cit., p. 110.

[118] BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 243.

[119] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 167 y 173.

motivos de la apelación reflejan la decisión entera y afectan al fundamento mismo de la declaración de responsabilidad; (c) si la indagación que debe realizar el juez *ad quem* constituya el presupuesto de la cuestión deducida en los motivos, o bien esté con ella en relación de inseparabilidad, conexión o interdependencia, o de derivación –lo que no debe confundirse con posición subordinada–, es de admitirse la posibilidad de examen de cuestiones particulares no deducidas específicamente.

Como se decía anteriormente, este principio corona el efecto extensivo del recurso de apelación penal. Este efecto se aplica siempre que los imputados no apelantes se encuentren en la misma situación del apelante y les sean aplicables los motivos alegados en el fallo de vista. Al respecto, AGUILERA DE PAZ señalaba que tal disposición se sustenta en los principios de justicia y de humanidad.

Dos ejemplos son claros: a) en el caso de pluralidad de agentes con mandato de detención, uno de los cuales apela, en la medida que el Superior Tribunal considere que el delito objeto del proceso es uno sustancialmente menos grave que el considerado por el Juez Penal, los efectos de la revocatoria pueden comprender a los no apelantes, de suerte que éstos pueden instar la libertad provisional sobre esa nueva base; y, b) en el caso de pluralidad de agentes, condenados por un delito, en el que sólo uno apela, si el Tribunal considera que el hecho es atípico, puede extender la absolución a los no apelantes.

4. COMPETENCIA PARA ESTUDIAR LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ DEL PROCESO

Las normas que regulan las causales de nulidad insubsanables, como ya quedó explicado, son de carácter imperativo y, por tanto, exigen que el juzgador anule actuaciones que adolezcan de tales vicios, tal como lo establece el art. 176° *in fine* del Código Procesal Civil. No es posible, por consiguiente, que se obligue al juez a absolver el grado sobre la base de actos procesales que puedan hacer ineficaz la actuación cumplida. El art. 382° del CPC expresamente prescribe que: "*El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada*". Por consiguiente, como apunta Ernst BELING, el recurrente no puede impedir el examen de la admisibilidad de la persecución, que debe realizarse de oficio[120].

Este principio, unido al efecto extensivo del recurso, justifica que el procedimiento recursal se entienda con todas las partes, inclusive con los imputados no apelantes o recurridos.

[120] BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945, p. 255.

5. VIGENCIA DE LA *"REFORMATIO IN PEIUS"*

La *reformatio in peius* no sólo limita el poder punitivo del Estado, garantiza la efectividad del derecho fundamental de defensa y favorece al condenado con la revisión de la sentencia dentro del único marco de las pretensiones solicitadas, además avala y garantiza la operatividad del sistema acusatorio[121]. Este principio tiene su último aval no tanto en los principios acusatorio, contradictorio e interdicción de la indefensión, sino esencialmente en el hecho de que sólo la parte es quien, con la interposición de su recurso, hace realidad la segunda instancia o doble posibilidad de enjuiciamiento de la cuestión litigiosa, por tanto es ella quien delimita el ámbito de conocimiento del tribunal *ad quem* respecto al objeto procesal de la instancia[122].

La *reformatio in peius*, señala CAFFERATA NORES, satisface la necesidad de garantizar al imputado la libertad de recurrir; o quizás sea más gráfico hablar de tranquilidad para recurrir. Esta tranquilidad sólo existirá cuando él sepa que el recurso que intenta nunca podrá perjudicarlo más que la propia sentencia recurrida. Porque si existiera el peligro de que la impugnación deducida en su favor pudiera terminar empeorando su situación, puede resultar compelido a sufrir la sentencia injusta (a su criterio) antes de correr el riesgo de que ésta se modifique en su perjuicio, lo que no es racional según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina[123].

En tal virtud, si sólo impugna el imputado o lo hace el Ministerio Público en favor del imputado, no es posible que el fallo de vista pueda agravar su situación jurídica (v. gr.: aumentar la pena o la reparación civil o revocar la absolución e imponer una sentencia condenatoria). La resolución no debe ser modificada en disfavor del reo, de suerte que lo peor que puede ocurrir al recurrente es que se conserve la resolución. El concepto "agravación" o "modificación en su perjuicio" (art. 332° del Código de 1991) no sólo apunta al incremento del *quantum* punitivo, sino en general a todos los aspectos atinentes a la punibilidad. No se prohíben, en cambio, las modificaciones en la fundamentación de las resoluciones.

La doctrina y jurisprudencia colombiana considera que no hay agravación cuando el Juez *ad quem* se limita a realizar un ajuste de la graduación punitiva a la normatividad aplicable, a fin de respetar el principio de legalidad de la pena

[121] BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 244.

[122] CALDERÓN CUADRADO: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, cit., p. 106.

[123] CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Introducción al Derecho procesal penal*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1994, p. 222.

(v. gr.: respeto a los límites mínimos previstos en la ley penal para los delitos, imposición de las penas accesorias o a las demás penas conjuntas previstas en un tipo penal o de aquella pena prevista para el delito de que se trate, pronunciamiento sobre el pago de la reparación civil). "El principio de la no *reformatio in peius* no faculta al juez para desatender normas de imperioso cumplimiento, porque siempre debe actuar con sujeción a la ley, tal como lo ordena la Constitución nacional"[124]. Desde esta perspectiva, la Corte Suprema de nuestro país ha establecido que el recurso –en este caso el de nulidad– otorga la facultad de subsanar o integrar una resolución que ha omitido imponer las penas accesorias de inhabilitación e interdicción a los sentenciados[125].

Sin embargo, otro es el temperamento de la doctrina y jurisprudencia italiana, que ha señalado que el juez de apelación no puede infligir una pena más grave en cuanto a la cantidad, aunque sólo se trate de reducir la pena a los límites que el primer juez había violado (pena por debajo del mínimo legal): el error del primer juez no puede ser corregido sin la impugnación del Ministerio Público. No puede, en general, modificar en daño del imputado la pena que en la parte dispositiva haya sido infligida por el primer juez; en consecuencia, en caso de errónea omisión de una pena, que es el caso de las penas conjuntas, no puede sanear el error, agregando la pena no infligida, ni aun siquiera con el pretexto de la eventual reducción de la pena infligida en primera instancia[126].

Por otro lado, acota Ernst BELING, como por este principio el objeto procesal está finiquitado desde todos los puntos de vista del *peius*, con efecto de cosa juzgada (con los efectos formales de cosa juzgada para el proceso pendiente, y con efectos materiales, si se trata de nuevos procesos), la resolución impugnada no pierde toda su importancia, aunque la anule el tribunal superior. La resolución a pesar de la anulación se conserva en el curso ulterior del proceso, en cuanto que el imputado no debe ser tratado peor que en su fallo. Todas las nuevas resoluciones deben dictarse dentro del marco fijado por la primitiva[127].

6. POSIBILIDAD DE APRECIAR NUEVA PRUEBA

La regla general, enseñan BERNAL y MONTEALEGRE, es que el Juez *ad quem* toma su decisión con vista en la prueba aportada ante el *a quo*, en

[124] BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., pp. 247-248.

[125] Exp. N° 2004-83, Ica.

[126] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 105.

[127] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 257.

atención a que la segunda instancia es control y no creación. Empero, como el proceso penal busca la verdad real y no la formal, es posible aportar pruebas en segunda instancia que no fueron valoradas por el Juez *a quo*[128]. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse. Las hipótesis serían las siguientes:

A. Tratándose de resoluciones interlocutorias en las cuales el Juez *a quo* no pierde competencia para seguir realizando actos de investigación o actos de prueba anticipada o preconstituida, se admite que el Juez *ad quem* pueda apreciar actos de investigación o de prueba actuados con posterioridad a la expedición de la resolución recurrida.

B. Es posible, como ya se anotó, acompañar documentos públicos o privados durante el procedimiento recursal, cuya apreciación será viable en la medida en que todavía exista una nueva oportunidad para que las partes conozcan y controviertan la prueba (en la actuación subsiguiente podrá darse cumplimiento a los principios de publicidad y contradicción);

C. El cambio, si no existe nueva oportunidad para que la parte contraria conozca y pueda controvertir la prueba, que es el caso de la apelación de sentencia o de auto de sobreseimiento, debe decretarse la nulidad del proceso a fin de que se reabra el término probatorio, lo que se producirá cuando la prueba es de tal magnitud que pueda modificar sustancialmente la situación jurídica apreciada en la decisión de primera instancia[129].

La Corte Suprema exige, en todo caso, que el Tribunal de Apelación valore al absolver el grado el mérito de la prueba instrumental presentada durante el procedimiento recursal, sancionando con la nulidad del fallo la omisión de tal valoración[130].

7. EL JUEZ *AD QUEM* PUEDE CONDENAR AL ABSUELTO

Si se estima el recurso de apelación por razones de fondo, no hay ninguna razón para que el Juez *ad quem* se abstenga de emitir una sentencia condenatoria, revocando la de primera instancia. El Código italiano expresamente contempla tal posibilidad, al que ha seguido el Proyecto de 1995, y, por cierto, la Ley española la considera implícitamente necesaria, tanto más si con la apelación, el apelante busca que el órgano judicial superior emita un fallo sustitutivo aceptando sus pretensiones impugnatorias.

[128] BERNAL CUÉLLAR - MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 249.

[129] BERNAL CUÉLLAR - MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 250.

[130] Ejecutoria Suprema de 9 de febrero de 1972, Exp. N° 1366-71, Lima (BLOSCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 206-207).

Sin embargo, el art. 301° *in fine* del Código de 1940, al regular el recurso de nulidad, expresamente prescribe que en caso de sentencia absolutoria, la Corte Suprema sólo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral, no obstante que sí permite absolver al injustamente condenado y modificar la pena según la naturaleza del delito o las circunstancias de su comisión (art. 300°, modificado por Ley N° 27454, de 5 de mayo de 2001). Esta prescripción ha sido incorporada por la jurisprudencia al recurso de apelación en el procedimiento sumario o abreviado[131]. Un caso singular es aquel en que el Supremo Tribunal homologó una sentencia con reserva de fallo condenatorio con una sentencia absolutoria y, por tanto, consideró infringido el art. 301° CPP al revocar un Tribunal Superior la referida medida impuesta por un juzgado penal y fijar en su reemplazo una condena de ejecución suspendida[132]. Llama la atención tan singular criterio, pues se desconoce que la reserva del fallo presupone una conclusión de responsabilidad penal; consecuentemente, es posible que un Tribunal de alzada, sobre la base de un recurso acusatorio, pueda reformar esa alternativa por una condena condicional. Es absurdo que la Corte Suprema invoque la vulneración de la instancia plural, toda vez que precisamente el recurso de apelación, que abrió la competencia del Tribunal *ad quem*, le concedió competencia para revisar el fallo de primera instancia.

Según la Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Procedimientos Penales, se justifica la absolución del injustamente condenado en razones de estricta justicia, pero la condena del injustamente absuelto no se permite porque "La condenación sólo es posible alrededor y el influjo del acusado, mediante la defensa y disponiendo de los demás elementos constructivos de lo que se carece en la vista de la causa por la Corte Suprema"[133]. Aparentemente, la razón de tal concepción es asumir como elemento fundamental del recurso el *principio de inmediación*, que tal como apunta Arsenio ORE GUARDIA, requiere asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso y que, consecuentemente, su sentencia se base en un conocimiento pleno de la

[131] Así lo ha establecido el Tercer Considerando del Acuerdo Plenario N° 8/97, de 16 de diciembre de 1997 (*Plenos Jurisdiccionales*, cit., pp. 104-106).

[132] Ejecutoria Suprema de 1° de agosto de 2000, Exp. N° 5075-99, Lambayeque (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 5, Trujillo, 2001, pp. 205-207).

[133] GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 612.

causa y se fundamente en el resultado probatorio que se ha logrado bajo su directa intervención[134].

Está claro que la Constitución consagra el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, lo que exige un recurso de apelación, que es el ordinario por antonomasia, que permita conocer integralmente del juicio histórico y del juicio jurídico; por tanto, la proscripción de la instancia única, incorporada en el art. 1° del Código de 1940 no calza con el ordenamiento constitucional vigente. Igualmente, bajo el imperio del derecho fundamental a la presunción de inocencia y del debido proceso (arts. 2°.24.'e' y 139°.3 del código político) el juez debe fundar su convicción, esencialmente, en los actos de prueba actuados en el juicio oral bajo su control e inmediación. Ahora bien, la característica de la apelación es que el Juez *a quem* debe formar su propio convencimiento sobre los hechos y, sobre la base de tal convencimiento, dictar una nueva sentencia, absolutoria o condenatoria según el caso.

Un sector de la doctrina ha destacado que una apelación que se sustenta, en lo esencial, en las actas del juicio oral realizado en primera instancia y, además, en las actas del sumario ante las deficiencias de las primeras, es propia de un procedimiento escrito y del sistema de la prueba legal y no necesariamente otorga mayores garantías de acierto para el justiciable, al faltar el contacto directo e inmediato con la prueba[135]. Otro sector, sin embargo, considera que la diferente apreciación de los elementos probatorios y la posibilidad de que arribe a un resultado contrario al realizado por el Juez *a quo* no constituye una vulneración a la presunción de inocencia, en la medida en que las pruebas practicadas en el juicio sean las que proporcionen el fundamento para la convicción del Juez *ad quem*; por consiguiente, lo que hay es una discrepancia en la valoración de la prueba hecha por dos órganos judiciales igualmente libres para valorar en conciencia, pero no una vulneración de la presunción de inocencia[136].

Es cierto, sin embargo, que de hecho, reexamen quiere decir renovación integral del juicio por parte de un juez distinto sobre la cuestión, aunque sea la parcial y específica sometida a la apelación, y que un reexamen de este tipo contradice el principio acusatorio de la inmediación. No obstante ello, como afirma Luigi FERRAJOLI, éste es precisamente el precio que se

(134) ORE GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*. Alternativas, Lima, 1996, p. 409.

(135) VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. La Ley, Madrid, 1993, pp. 192 y 194.

(136) Sentencia del Tribunal Constitucional español 124/83, de 21 de diciembre de 1987.

debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista que tiene, esto es, garantía de legalidad y garantía contra la arbitrariedad, el abuso o error judicial[137].

En todo caso, como apunta GIMENO SENDRA teniendo en cuenta la evolución del sistema jurídico que dio lugar a la instancia única, lo esencial es dotar de mayores garantías a las partes, determinar el ámbito del procedimiento recursal de modo que puedan aducirse la totalidad de los errores judiciales y vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia de primera instancia y la necesidad de una vista de la causa amplia que permita reproducir, en lo posible, las pruebas actuadas en primera instancia, como es el caso italiano, así como de contar con los recursos técnicos imprescindibles (videos) que permitan la protocolización exhaustiva del juicio oral y su reproducción ante el Juez *ad quem* superarían las objeciones desde el ángulo de la inmediación[138].

Giovanni LEONE[139], siguiendo a RICCI, expone dos argumentos esenciales en pro de la apelación: 1. La garantía del doble grado está en volver nuevamente sobre el estudio ya realizado, en juzgar de nuevo las primeras impresiones, en confrontar los resultados del uno y del otro examen, y ver cuáles se aproximan mayormente a la verdad. 2. Como toda resolución debe ser motivada, la parte no favorecida puede extraer de ella los criterios que han guiado al juez *a quo* en el examen, y captar, por tanto, el lado débil de su causa, reforzándolo con nuevas deducciones en el segundo examen.

Por consiguiente, en tanto se afirma la doble instancia como principio constitucional en el orden procesal resulta imprescindible otorgar al Juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto por el Juez *a quo*. Cuando en el Código de 1940 se invoca la inmediación como obstáculo para la condena en vía recursal, olvida que expresamente se concede al revisor poderes para aumentar o disminuir la pena y que precisamente la inmediación es el principio más limitado que registra dicho Código, tal como se explicó al abordar el régimen de la prueba.

8. NECESIDAD DE NUEVA AUDIENCIA

Como hemos precisado, en nuestro ordenamiento procesal vigente no se requiere una nueva vista en audiencia de las causas en vía de recurso

(137) FERRAJOLI: "Los valores de la doble instancia y nomofilaquia", cit., p. 448.

(138) GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., pp. 152 y 155.

(139) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 132-133.

de apelación. Tal configuración del recurso de apelación, sin embargo, no es compatible con las exigencias del debido proceso. Es muy importante al respecto hacer mención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pues ha definido un ámbito específico al citado recurso.

En efecto, dicho Tribunal ha establecido, en *primer lugar*, que en la apelación el Tribunal está investido de plenitud de jurisdicción y, moduladamente, se extienden al procedimiento de apelación las garantías del procedimiento de primera instancia, "...en tanto que el proceso penal constituye un todo y la protección del art. 6° [del juicio justo y equitativo] no termina con el fallo de primera instancia; según la jurisprudencia del Tribunal europeo, el Estado que organiza tribunales de apelación o de casación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del citado precepto..." (STEDH, Asunto "Ekbatani vs. Suecia", de 26 de mayo de 1998, párr. 24); en *segundo lugar*, que por lo general el procedimiento recursal en apelación requiere de la celebración de una vista pública –entendida como audiencia de pruebas–, aunque la falta de ella –siempre que se hubiere celebrado en primera instancia– puede justificarse según el objeto del recurso de apelación en concreto y siempre que se refieran a cuestiones de derecho (STEDH, Asunto "Ekbatani", de 26 de enero de 1998, párr. 31), no constituyendo siquiera excepción a la necesidad de audiencia o de debates públicos la ausencia de hechos nuevos alegados en segunda instancia (STEDH, Asunto "Tierce y otros vs. San Marino", de 25 de julio de 2000); en *tercer lugar*, que siempre que el Tribunal de apelación ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (STEDH, Asunto "Helmers", de 29 de octubre de 1991, párrs. 36, 37, 39; STEDH, Asunto "Jan-Åke Andersson", de 29 de octubre de 1991, párr. 28; STEDH, Asunto "Fejde", de 29 de octubre de 1991, párr. 32); en *cuarto lugar*, que la circunstancia que en la apelación no se hubiere alegado, hechos nuevos, no justifica excepcionar la necesidad de debates públicos (STEDH, Asunto "Tierce y otros vs. San Marino", de 25 de junio de 2000, párrs. 94-96); en *quinto lugar*, que si el fallo de primera instancia es absolutorio y el de segunda instancia es condenatorio, no puede decidir sin antes apreciar los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido el delito (STEDH, Asunto "Contantinescu vs. Rumania", de 27 de junio de 2000, párrs. 54, 55, 58 y 59).

Sobre esa base, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España tiene declarado que si la única prueba con que enervar la presunción de inocencia es una prueba personal –no solo la declaración del imputado– (declaración del imputado, de la víctima, testificales, exámenes periciales), su no actuación en segunda instancia a los efectos de su valoración, por exigirlo los principios de inmediación y contradicción, imposibilita su apreciación de modo diverso a lo establecido en primera instancia. Son muy significativas al respecto la Sentencia N° 167/2002, de 18 de septiembre y, últimamente, la Sentencia N° 68/2002, de 9 de abril[140].

Es evidente, por cierto, que todo depende del modo como se organice la segunda instancia. Si el legislador considera oportuno instaurar una apelación que permita la revisión total de la causa, la audiencia pública vendrá exigida sólo cuando se refiera al juicio sobre los hechos y a la culpabilidad o inocencia. Empero, como aclara DE LA OLIVA SANTOS, es posible matizar esta doctrina en los casos en que las partes no discrepen sobre los hechos o en aquellos otros en que ya obren en autos los materiales con los que se ha de dictar sentencia, sin que presenten relevancia las alegaciones de las partes, de testigos o peritos o cualquier otra diligencia que, por su naturaleza, hubiera de practicarse en vista pública [141].

---

[140] *Vid. La Ley. Actualidad Penal*, N° 26, semana de 23 al 29 de junio, Madrid, 2003, Jurisprudencia [http://www.laley.net/ractual/r126p_j2003_364.htm].

[141] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia", en: *Tribunales de Justicia*, N° 10, octubre, Madrid, 1997, p. 980. Este autor asume una concepción restringida de los motivos de la apelación, pues la circunscribe a revisar el juicio jurídico y las eventuales infracciones del ordenamiento jurídico que se hubieran cometido durante el procedimiento y en la propia sentencia, así como las violaciones a la presunción de inocencia en caso de ausencia absoluta de prueba o de ausencia de prueba de contenido incriminatorio (*loc. cit.*, p. 980). Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (*La segunda instancia en el proceso penal*, cit., p. 88), por el contrario, es partidaria de una apelación amplia, que cuando se trata de conocer acerca de los hechos y del juicio de culpabilidad, debe configurarse una audiencia pública, en la que el material probatorio que sirva de base para la sentencia de segunda instancia se desarrolle oralmente en presencia del Tribunal de Apelación.

TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS
PROFESOR DE DERECHO PENAL, POLÍTICA CRIMINAL Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN EN LA UNIDAD DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

WILLIAM RABANAL PALACIOS
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

HAMILTON CASTRO TRIGOSO
MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

COMENTARIOS DESCRIPTIVOS, EXPLICATIVOS Y CRÍTICOS

EDICIÓN
CORREGIDA Y AUMENTADA

D'JUS
INSTITUTO DERECHO Y JUSTICIA

JURISTA editores

de apelación. Tal configuración del recurso de apelación, sin embargo, no es compatible con las exigencias del debido proceso. Es muy importante al respecto hacer mención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pues ha definido un ámbito específico al citado recurso.

En efecto, dicho Tribunal ha establecido, en *primer lugar*, que en la apelación el Tribunal está investido de plenitud de jurisdicción y, moduladamente, se extienden al procedimiento de apelación las garantías del procedimiento de primera instancia, "...en tanto que el proceso penal constituye un todo y la protección del art. 6° [del juicio justo y equitativo] no termina con el fallo de primera instancia; según la jurisprudencia del Tribunal europeo, el Estado que organiza tribunales de apelación o de casación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del citado precepto..." (STEDH, Asunto "Ekbatani vs. Suecia", de 26 de mayo de 1998, párr. 24); en *segundo lugar*, que por lo general el procedimiento recursal en apelación requiere de la celebración de una vista pública –entendida como audiencia de pruebas–, aunque la falta de ella –siempre que se hubiere celebrado en primera instancia– puede justificarse según el objeto del recurso de apelación en concreto y siempre que se refieran a cuestiones de derecho (STEDH, Asunto "Ekbatani", de 26 de enero de 1998, párr. 31), no constituyendo siquiera excepción a la necesidad de audiencia o de debates públicos la ausencia de hechos nuevos alegados en segunda instancia (STEDH, Asunto "Tierce y otros vs. San Marino", de 25 de julio de 2000); en *tercer lugar*, que siempre que el Tribunal de apelación ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (STEDH, Asunto "Helmers", de 29 de octubre de 1991, párrs. 36, 37, 39; STEDH, Asunto "Jan-Åke Andersson", de 29 de octubre de 1991, párr. 28; STEDH, Asunto "Fejde", de 29 de octubre de 1991, párr. 32); en *cuarto lugar*, que la circunstancia que en la apelación no se hubiere alegado, hechos nuevos, no justifica excepcionar la necesidad de debates públicos (STEDH, Asunto "Tierce y otros vs. San Marino", de 25 de junio de 2000, párrs. 94-96); en *quinto lugar*, que si el fallo de primera instancia es absolutorio y el de segunda instancia es condenatorio, no puede decidir sin antes apreciar los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido el delito (STEDH, Asunto "Contantinescu vs. Rumania", de 27 de junio de 2000, párrs. 54, 55, 58 y 59).

Sobre esa base, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España tiene declarado que si la única prueba con que enervar la presunción de inocencia es una prueba personal –no solo la declaración del imputado– (declaración del imputado, de la víctima, testificales, exámenes periciales), su no actuación en segunda instancia a los efectos de su valoración, por exigirlo los principios de inmediación y contradicción, imposibilita su apreciación de modo diverso a lo establecido en primera instancia. Son muy significativas al respecto la Sentencia N° 167/2002, de 18 de septiembre y, últimamente, la Sentencia N° 68/2002, de 9 de abril[140].

Es evidente, por cierto, que todo depende del modo como se organice la segunda instancia. Si el legislador considera oportuno instaurar una apelación que permita la revisión total de la causa, la audiencia pública vendrá exigida sólo cuando se refiera al juicio sobre los hechos y a la culpabilidad o inocencia. Empero, como aclara DE LA OLIVA SANTOS, es posible matizar esta doctrina en los casos en que las partes no discrepen sobre los hechos o en aquellos otros en que ya obren en autos los materiales con los que se ha de dictar sentencia, sin que presenten relevancia las alegaciones de las partes, de testigos o peritos o cualquier otra diligencia que, por su naturaleza, hubiera de practicarse en vista pública [141].

---

[140] *Vid. La Ley. Actualidad Penal*, N° 26, semana de 23 al 29 de junio, Madrid, 2003, Jurisprudencia [http://www.laley.net/ractual/r26p_j2003_364.htm].

[141] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia", en: *Tribunales de Justicia*, N° 10, octubre, Madrid, 1997, p. 981. Este autor asume una concepción restringida de los motivos de la apelación, pues la circunscribe a revisar el juicio jurídico y las eventuales infracciones del ordenamiento jurídico que se hubieran cometido durante el procedimiento y en la propia sentencia, así como las violaciones a la presunción de inocencia en caso de ausencia absoluta de prueba o de ausencia de prueba de contenido incriminatorio (*loc. cit.*, p. 980). Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (*La segunda instancia en el proceso penal*, cit., p. 88), por el contrario, es partidaria de una apelación amplia, que cuando se trata de conocer acerca de los hechos y del juicio de culpabilidad, debe configurarse una audiencia pública, en la que el material probatorio que sirva de base para la sentencia de segunda instancia se desarrolle íntegramente en presencia del Tribunal de Apelación.

causa y se fundamente en el resultado probatorio que se ha logrado bajo su directa intervención[134].

Está claro que la Constitución consagra el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, lo que exige un recurso de apelación, que es el ordinario por antonomasia, que permita conocer integralmente del juicio histórico y del juicio jurídico; por tanto, la proscripción de la instancia única, incorporada en el art. 1° del Código de 1940 no calza con el ordenamiento constitucional vigente. Igualmente, bajo el imperio del derecho fundamental a la presunción de inocencia y del debido proceso (arts. 2°.24.'e' y 139°.3 del código político) el juez debe fundar su convicción, esencialmente, en los actos de prueba actuados en el juicio oral bajo su control e inmediación. Ahora bien, la característica de la apelación es que el Juez *a quem* debe formar su propio convencimiento sobre los hechos y, sobre la base de tal convencimiento, dictar una nueva sentencia, absolutoria o condenatoria según el caso.

Un sector de la doctrina ha destacado que una apelación que se sustenta, en lo esencial, en las actas del juicio oral realizado en primera instancia y, además, en las actas del sumario ante las deficiencias de las primeras, es propia de un procedimiento escrito y del sistema de la prueba legal y no necesariamente otorga mayores garantías de acierto para el justiciable, al faltar el contacto directo e inmediato con la prueba[135]. Otro sector, sin embargo, considera que la diferente apreciación de los elementos probatorios y la posibilidad de que arribe a un resultado contrario al realizado por el Juez *a quo* no constituye una vulneración a la presunción de inocencia, en la medida en que las pruebas practicadas en el juicio sean las que proporcionen el fundamento para la convicción del Juez *ad quem*; por consiguiente, lo que hay es una discrepancia en la valoración de la prueba hecha por dos órganos judiciales igualmente libres para valorar en conciencia, pero no una vulneración de la presunción de inocencia[136].

Es cierto, sin embargo, que de hecho, reexamen quiere decir renovación integral del juicio por parte de un juez distinto sobre la cuestión, aunque sea la parcial y específica sometida a la apelación, y que un reexamen de este tipo contradice el principio acusatorio de la inmediación. No obstante ello, como afirma Luigi FERRAJOLI, éste es precisamente el precio que se

(134) ORE GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996, p. 409.

(135) VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 192 y 194.

(136) Sentencia del Tribunal Constitucional español 124/83, de 21 de diciembre de 1983.

debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista que tiene, esto es, garantía de legalidad y garantía contra la arbitrariedad, el abuso o error judicial[137].

En todo caso, como apunta GIMENO SENDRA teniendo en cuenta la evolución del sistema jurídico que dio lugar a la instancia única, lo esencial es dotar de mayores garantías a las partes, determinar el ámbito del procedimiento recursal de modo que puedan aducirse la totalidad de los errores judiciales y vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia de primera instancia y la necesidad de una vista de la causa amplia que permita reproducir, en lo posible, las pruebas actuadas en primera instancia, como es el caso italiano, así como de contar con los recursos técnicos imprescindibles (videos) que permitan la protocolización exhaustiva del juicio oral y su reproducción ante el Juez *ad quem* superarían las objeciones desde el ángulo de la inmediación[138].

Giovanni LEONE[139], siguiendo a RICCI, expone dos argumentos esenciales en pro de la apelación: 1. La garantía del doble grado está en volver nuevamente sobre el estudio ya realizado, en juzgar de nuevo las primeras impresiones, en confrontar los resultados del uno y del otro examen, y ver cuáles se aproximan mayormente a la verdad. 2. Como toda resolución debe ser motivada, la parte no favorecida puede extraer de ella los criterios que han guiado al juez *a quo* en el examen, y captar, por tanto, el lado débil de su causa, reforzándolo con nuevas deducciones en el segundo examen.

Por consiguiente, en tanto se afirma la doble instancia como principio constitucional en el orden procesal resulta imprescindible otorgar al Juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto por el Juez *a quo*. Cuando en el Código de 1940 se invoca la inmediación como obstáculo para la condena en vía recursal, olvida que expresamente se concede al revisor poderes para aumentar o disminuir la pena y que precisamente la inmediación es el principio más limitado que registra dicho Código, tal como se explicó al abordar el régimen de la prueba.

8. NECESIDAD DE NUEVA AUDIENCIA

Como hemos precisado, en nuestro ordenamiento procesal vigente no se requiere una nueva vista en audiencia de las causas en vía de recurso

(137) FERRAJOLI: "Los valores de la doble instancia y nomofilaquia", cit., p. 448.

(138) GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., pp. 152 y 155.

(139) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 132-133.

de apelación. Tal configuración del recurso de apelación, sin embargo, no es compatible con las exigencias del debido proceso. Es muy importante al respecto hacer mención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pues ha definido un ámbito específico al citado recurso.

En efecto, dicho Tribunal ha establecido, en *primer lugar*, que en la apelación el Tribunal está investido de plenitud de jurisdicción y, moduladamente, se extienden al procedimiento de apelación las garantías del procedimiento de primera instancia, "...en tanto que el proceso penal constituye un todo y la protección del art. 6° [del juicio justo y equitativo] no termina con el fallo de primera instancia; según la jurisprudencia del Tribunal europeo, el Estado que organiza tribunales de apelación o de casación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del citado precepto..." (STEDH, Asunto "Ekbatani vs. Suecia", de 26 de mayo de 1998, párr. 24); en *segundo lugar*, que por lo general el procedimiento recursal en apelación requiere de la celebración de una vista pública –entendida como audiencia de pruebas–, aunque la falta de ella –siempre que se hubiere celebrado en primera instancia– puede justificarse según el objeto del recurso de apelación en concreto y siempre que se refieran a cuestiones de derecho (STEDH, Asunto "Ekbatani", de 26 de enero de 1998, párr. 31), no constituyendo siquiera excepción a la necesidad de audiencia o de debates públicos la ausencia de hechos nuevos alegados en segunda instancia (STEDH, Asunto "Tierce y otros vs. San Marino", de 25 de julio de 2000); en *tercer lugar*, que siempre que el Tribunal de apelación ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (STEDH, Asunto "Helmers", de 29 de octubre de 1991, párrs. 36, 37, 39; STEDH, Asunto "Jan-Åke Andersson", de 29 de octubre de 1991, párr. 28; STEDH, Asunto "Fejde", de 29 de octubre de 1991, párr. 32); en *cuarto lugar*, que la circunstancia que en la apelación no se hubiere alegado, hechos nuevos, no justifica excepcionar la necesidad de debates públicos (STEDH, Asunto "Tierce y otros vs. San Marino", de 25 de junio de 2000, párrs. 94-96); en *quinto lugar*, que si el fallo de primera instancia es absolutorio y el de segunda instancia es condenatorio, no puede decidir sin antes apreciar los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido el delito (STEDH, Asunto "Constantinescu vs. Rumania", de 27 de junio de 2002, párrs. 54, 55, 58 y 59).

Sobre esa base, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España tiene declarado que si la única prueba con que enervar la presunción de inocencia es una prueba personal –no solo la declaración del imputado– (declaración del imputado, de la víctima, testificales, exámenes periciales), su no actuación en segunda instancia a los efectos de su valoración, por exigirlo los principios de inmediación y contradicción, imposibilita su apreciación de modo diverso a lo establecido en primera instancia. Son muy significativas al respecto la Sentencia N° 167/2002, de 18 de septiembre y, últimamente, la Sentencia N° 68/2002, de 9 de abril[140].

Es evidente, por cierto, que todo depende del modo como se organice la segunda instancia. Si el legislador considera oportuno instaurar una apelación que permita la revisión total de la causa, la audiencia pública vendrá exigida sólo cuando se refiera al juicio sobre los hechos y a la culpabilidad o inocencia. Empero, como aclara DE LA OLIVA SANTOS, es posible matizar esta doctrina en los casos en que las partes no discrepen sobre los hechos o en aquellos otros en que ya obren en autos los materiales con los que se ha de dictar sentencia, sin que presenten relevancia las alegaciones de las partes, de testigos o peritos o cualquier otra diligencia que, por su naturaleza, hubiera de practicarse en vista pública[141].

---

[140] *Vid. La Ley: Actualidad Penal*, N° 26, semana de 23 al 29 de junio, Madrid, 2003, Jurisprudencia [http://www.laley.net/ractual/r26p_j2003_364.htm].

[141] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia", en: *Tribunales de Justicia*, N° 10, octubre, Madrid, 1997, p. 981. Este autor asume una concepción restringida de los motivos de la apelación, pues la circunscribe a revisar el juicio jurídico y las eventuales infracciones del ordenamiento jurídico que se hubieran cometido durante el procedimiento y en la propia sentencia, así como las violaciones a la presunción de inocencia en caso de ausencia absoluta de prueba o de ausencia de prueba de contenido incriminatorio (*loc. cit.*, p. 980). Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (*La segunda instancia en el proceso penal*, cit., p. 88), por el contrario, es partidaria de una apelación amplia, que cuando se trata de conocer acerca de los hechos y del juicio de culpabilidad, debe configurarse una audiencia pública, en la que el material probatorio que sirva de base para la sentencia de segunda instancia se desarrolle oralmente en presencia del Tribunal de Apelación.

TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS
PROFESOR DE DERECHO PENAL, POLÍTICA CRIMINAL Y METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN EN LA UNIDAD DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

WILLIAM RABANAL PALACIOS
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

HAMILTON CASTRO TRIGOSO
MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

COMENTARIOS DESCRIPTIVOS, EXPLICATIVOS Y CRÍTICOS

EDICIÓN
CORREGIDA Y AUMENTADA

D'JUS
INSTITUTO DERECHO Y JUSTICIA

JURISTA editores

Investigación del INSTITUTO DERECHO Y JUSTICIA

DIRECTOR ACADÉMICO : Dr. Tomás Aladino Gálvez Villegas
SUBDIRECTOR : Dr. Walther Javier Delgado Tovar
INTEGRANTES : Dr. Hamilton Castro Trigoso
Dr. William Rabanal Palacios
Dr. Ricardo César Rojas León
Dr. Segundo Oré de la Rosa Castro Hidalgo

© TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS
WILLIAM RABANAL PALACIOS
HAMILTON CASTRO TRIGOSO

EL CÓDIGO PROCESAL PENAL
Comentarios descriptivos, explicativos y críticos

© JURISTA EDITORES E.I.R.L.

LIMA
Jr. Miguel Aljovín N° 201
Teléfonos: 427-6688 - 428-1072
Telefax: 426-6303

SUCURSALES:

TRUJILLO
Jr. Bolívar N° 542
Telf.: (044) 200785

AREQUIPA
Calle Colón N° 127 - Cercado
(054) 203794

Edición: Julio 2013

© Derechos de Autor Reservados
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N° 2008-05364

ISBN: 978-9972-229-44-2

Composición y Diagramación
Víctor Arrascue Cárdenas

A mi madre, Rosa Villegas Becerra
(in memoriam);
mi esposa Susana Ivonne Guerrero López,
por su inmenso amor ;
y a mi hijo Renato Tomás,
fuente de esperanza.

TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS

A mis padres, Nelson y Nelly,
con profunda gratitud.

HAMILTON CASTRO TRIGOSO

A mis padres Braulio Rabanal y Nelly Palacios
por su perenne sacrificio

WILLIAM RABANAL PALACIOS

EL CÓDIGO

PROCESAL PENAL

Comentarios descriptivos, explicativos y críticos

LIBRO CUARTO

LA IMPUGNACIÓN

D'JUS
INSTITUTO DERECHO Y JUSTICIA

JURISTA editores



1. INTRODUCCIÓN

En el Código se ha sistematizado, o por lo menos, se ha tratado de sistematizar un título referido a los medios impugnatorios, capítulo que no contenía el Código de Procedimientos Penales.

Con los medios impugnatorios, lo que se pretende es la búsqueda de una revisión sobre el pronunciamiento que el impugnante considera contrario a su interés, y por lo tanto injusto.

«Es lógico pensar que el juez, falible como todo ser humano, puede errar en sus apreciaciones de hecho o de derecho y fallar contra la pretensión legítima de una de las partes, hipótesis para la cual el orden jurídico ha instaurado un sistema de revisión del fallo por una instancia superior y definitiva» (DE ELIA: 1993, p. 139).

Los medios impugnatorios tienen su origen en la Ley Procesal y son utilizados por la persona a quien la ley faculta. El art. 404°.2 del Código establece que el derecho de impugnación corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente, y si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos.

La impugnación cuestiona supuestos errores de fondo así como de forma (de trámite). Presentado el medio y cumpliendo todos los requisitos, provoca la apertura de la vía impugnatoria, en la que se estudiará los fundamentos de la primera decisión, esto es, se realizará un nuevo examen de la causa, el que concluirá con un nuevo pronunciamiento en el que puede o no, darse la razón al impugnante. En el primer caso se puede acoger el fundamento de la impugnación y revocar total o parcialmente la resolución impugnada, con lo que concluirá la vía, salvo supuestos en que exista la posibilidad de nueva impugnación. Pero también se pueden desestimar los argumentos de la impugnación y confirmar la resolución recurrida.

Igualmente, también se puede anular toda la actividad procesal atacada, sea la sentencia o ésta y sus antecedentes viciados, en cuyo caso el mismo, tribunal de apelación subsanará las omisiones o irregularidades o mandará cumplirlos nuevamente por otro juzgado o tribunal de primera instancia.

Dentro de las innovaciones que trae el Código Procesal Penal respecto a las impugnaciones, se puede destacar el supuesto en que el defensor podrá recurrir directamente en favor de su patrocinado, quien posteriormente si no está conforme podrá desistirse. Igualmente se incorpora el desistimiento, el que requiere autorización expresa de abogado defensor; asimismo la adhesión, para lo cual los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición. Se limita la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema al recurso de casación; asimismo, la consagración del Principio de Inmediación en el recurso de apelación contra las sentencias emitidas por los jueces penales.

Debe entenderse por *Adhesión* la facultad que concede la ley a los sujetos procesales que no impugnaron para adherirse a la interpuesto por otro sujeto procesal, inclusive al interpuesto por la parte contraria.

Para la procedencia de la adhesión es necesario: a) que los sujetos procesales tengan derecho a impugnar; y, b) que se cumplan con las formalidades de la interposición previstas en el art. 405° del código.

El momento para adherirse es hasta antes que el expediente se eleve al Tribunal de alzada. Este momento no es el mismo que el plazo para impugnar. La adhesión se puede interponer fuera del plazo de los recursos de impugnación previsto en el art. 414°. Lo importante es que el expediente se encuentre en el despacho del juez que emitió la resolución que agravia a los sujetos procesales impugnantes.

2. MEDIOS IMPUGNATORIOS

Los medios impugnatorios son instrumentos procesales, que la ley otorga a los sujetos del proceso con el fin de que aquel que se considere agraviado con una decisión judicial, pida su revocación o un nuevo estudio y obtener un pronunciamiento favorable a su interés jurídico. ORTELLS RAMOS (1994: p. 421), refiere: «Los medios impugnatorios se definen como los instrumentos legales puestos a disposición de las partes y destinados a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad».

3. FINALIDAD DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

Según CLARIA OLMEDO (1966: p. 425) los medios impugnatorios tienen una doble finalidad: una inmediata y otra remota.

La Finalidad Inmediata, se resuelve en el nuevo examen de la cuestión resuelta o en el análisis del trámite para resolverla, según que a la decisión se atribuya un vicio de derecho o de proceso. Esta finalidad busca obtener la revocación, modificación, sustitución, eliminación o anulación del pronunciamiento impugnado.

La Finalidad mediata, última o remota, por el contrario, no se agota en el propósito del impugnante, sino más bien con la impugnación se busca la revocación de las decisiones efectivas de los jueces y el control de los procesos (MOMETHIANO: 1994, p. 79), con lo que en buena cuenta se busca la mayor certeza en las decisiones judiciales.

4. FUNDAMENTO

Las impugnaciones tienen su fundamento jurídico en las discrepancias que existen entre lo resuelto o contenido de la resolución impugnada y lo dispuesto por la ley. El fundamento de la impugnación es público cuando se busca una mejor justicia y la obligación de un debido proceso; o también un fundamento genérico que es la búsqueda de la legalidad cuando la resolución que emite el juez la contraviene o deniega.

La discordia existente entre la resolución impugnada y la voluntad de la ley debe ser deducida y fundamentada por el titular de la impugnación o por su defensor, y planteada por razones de: *vitium in procedendo*, *vitium in iudicando* o error en facto y error en *iure*, o también por razones de *vitium in cogitando*.

4.1. *VITIUM IN PROCEDENDO*

Se ataca la resolución del juez cuando se ha incurrido en un procedimiento o trámite irregular. Es decir, el juez no ha observado o tomando en cuenta las normas procesales establecidas por la ley.

Obsérvese que no ataca el contenido de la resolución del juez, sino la forma cómo se ha llevado a cabo el procedimiento. "En esta hipótesis no se ataca la providencia como materialmente injusta, sino como resultado o manifestación de un procedimiento irregular que vicia el origen o la forma del procedimiento" MANZINI (1954: p. 6).

4.2. *VITIUM IN IUDICANDO*

Cuando la resolución judicial es materialmente injusta. *El vitium in Iudicando* consiste en un error de derecho y un error de hecho.

a) **Error de Derecho (*Error In Iure*).-** Se presenta cuando hay una aplicación errónea de la Ley. Hay discrepancia entre la realidad y el encuadramiento, subsunción o tipificación jurídica. La aplicación errónea puede ser de derecho sustantivo como de derecho adjetivo u otra norma jurídica, sobre todo de una norma constitucional. Así por ejemplo, la aplicación de una norma diversa de la que corresponde al caso, como el encuadramiento de un hecho de la figura del robo cuando corresponde a un hurto.

b) **Error en Facto.-** Cuando la resolución está fundada en una falsa base de hecho. Se estará ante un error de hecho, cuando el vicio recae sobre el mérito de los elementos fácticos; esto es, cuando a partir de los elementos probatorios se determina que el hecho así como las circunstancias que lo rodean es de determinada naturaleza o entidad y el Juez ha considerado que es de otra naturaleza (que se trata de un hecho distinto).

4.3. *VITIUM* O ERROR *IN COGITANDO*

Esto es, cuando existen vicios en la argumentación lógica contenida en la resolución impugnada. O dicho de otra manera, cuando la sentencia no ha expresado los conceptos, juicios o razonamientos que revelen el itinerario mental seguido en la decisión. En buena cuenta la resolución impugnada no cuenta con la debida motivación que le de consistencia. En estos casos, los defectos de motivación pueden tratarse de supuestos de ausencia de motivación y de defectuosa motivación; entre estos últimos están los casos de motivación aparente, motivación insuficiente y defectuosa motivación propiamente dicha (GHIRARDI: 1997, p. 129).

5. EFECTOS DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS

5.1. EFECTO DEVOLUTIVO

El efecto devolutivo de la impugnación está referido fundamentalmente a la competencia del Juez *A Quo* (que expide la sentencia materia de la impugnación) y del Juez Superior *Ad Quem*. Por este efecto, el *A Quo* devuelve la competencia al *Ad Quem* y determina la competencia de éste para conocer el objeto de la impugnación. Aun cuando al *A quo* no pierde la competencia para seguir conociendo los extremos no comprendidos en la impugnación. En este caso, ordinariamente se llevan copias de los actuados y el principal o

los demás cuadernillos quedan en poder del *A Quo*. Este efecto no determina la suspensión o ejecución de la resolución impugnada.

5.2. EFECTO SUSPENSIVO

Está referido a la ejecución de la resolución y a la competencia del Juez *A Quo*. Por este efecto la interposición del recurso trae como consecuencia la suspensión de los efectos de la resolución impugnada (sean estos decretos, autos o sentencias), mientras no se resuelva la impugnación. Determina la imposibilidad de la cosa juzgada hasta que la resolución quede firme. Asimismo, suspende la competencia del Juez *A Quo*, la misma que queda en poder único del *Ad Quem*, aun cuando en determinados casos expresamente determinados por la Ley, el Juez puede retener la competencia para ciertas actuaciones o extremos de la materia de juicio.

Sin embargo, cuando se concede la impugnación en ambos efectos, tal como se hace referencia en el Proceso Civil, el *Aquo* ya no retiene competencia alguna para seguir conociendo de los actuados.

El efecto suspensivo de la impugnación tiene como referente los derechos fundamentales, especialmente la libertad, y por ello, si se dispone la libertad de un procesado, de todos modos la resolución se ejecuta, sin que la impugnación pueda tener efecto suspensivo, tal como lo establece el artículo 412° 2, del Código.

5.3. EFECTO EXTENSIVO

Cuando un imputado resulta favorecido por el recurso interpuesto por un coinculpado o por un tercero civil. El Código prescribe (art. 408°) las siguientes reglas: **1.-** Cuando en un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales; **2.-** la impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil; y, **3.-** La impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.

6. CLASES DE RECURSOS

Siguiendo a FENECH (1952: p. 62)., los medios impugnatorios se clasifican en:

a) **Recursos ordinarios.-** Aquellos recursos que concede el Código Procesal como medios comunes de impugnación y que los motivos de admisión están expresamente determinados por la Ley. Se otorgan para examinar de nuevo todo lo actuado, y poder subsanar cual-

quier error. Tienen este carácter, los recursos de reposición, apelación y queja.

b) **Recursos extraordinarios.-** La interposición de estos recursos, se amoldan a hechos concretos y establecidos por el ordenamiento procesal penal. Se usa para corregir cualquier error ya sea en el fondo como en la forma. Tiene este carácter, el recurso de casación.

c) **Recursos excepcionales.-** Se interponen, para aquellos supuestos de errores graves, aunque exista cosa juzgada formal. Tiene este carácter, desde una perspectiva tradicional, el recurso de revisión. Aun cuando modernamente se considera a la revisión como una acción independiente, ya que se va a plantear una vez que el proceso penal ha terminado.

Los recursos conforme al artículo 413° del Código son: Reposición, apelación, casación y queja. La Revisión se estudia como figura independiente de los recursos (acción de revisión).

Art. 404°. Facultad de recurrir

1. **Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida.**
2. **El derecho de impugnación corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos.**
3. **El defensor podrá recurrir directamente en favor de su patrocinado, quien posteriormente si no está conforme podrá desistirse. El desistimiento requiere autorización expresa de abogado defensor.**
4. **Los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición.**

Art. 405°. Formalidades del recurso

1. **Para la admisión del recurso se requiere:**
   a) **Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.**
   b) **Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva.**
   c) **Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.**
2. **Los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la Ley.**
3. **El Juez que emitió la resolución impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes, luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. El Juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio.**

Art. 406°. Desistimiento

1. **Quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistirse antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando sus fundamentos.**
2. **El defensor no podrá desistirse de los recursos interpuestos por él sin mandato expreso de su patrocinado, posterior a la interposición del recurso.**
3. **El desistimiento no perjudicará a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas.**

Art. 407°. Ámbito del recurso

1. **El imputado y el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente, del objeto penal o del objeto civil de la resolución.**
2. **El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución.**

COMENTARIO

A través de este artículo se faculta al imputado y Ministerio Público impugnar el objeto penal u objeto civil, para aumentarlo o reducirlo. En el caso del objeto civil, el Ministerio Público sólo estará facultado cuando el agraviado no se hubiera constituido en parte o actor civil, en cuyo caso lo desplaza de la pretensión civil y puede transigir, desistirse o prestar su conformidad con la determinación de la entidad y magnitud de la reparación, sin que el Ministerio Público pueda contradecir el objeto civil materia del proceso. Por su parte, el actor civil o parte civil, no está facultado para cuestionar o impugnar la determinación de la pena o la magnitud de ésta. Sin embargo, en caso de absolución, o denegatoria de la pretensión punitiva, el actor civil sí está facultado para impugnar la resolución absolutoria en virtud al derecho a la tutela judicial efectiva por la cual su pretensión debe ventilarse en doble instancia, conforme a la Constitución Política del Estado.

En este último aspecto, sin embargo, es de precisar que no se le reconoce al actor civil el derecho a impugnar la pretensión punitiva, cuyo titular es el Ministerio Público, sino más bien la impugnación está vinculada con su pretensión resarcitoria. Y claro, en general, al absolverse al imputado, su pretensión civil también será denegada. Ello a la vez implica, que si se hubiese absuelto, sobreseído o declarado fundado un medio de defensa como la excepción de prescripción o de naturaleza de acción, pero se hubiese determinado la reparación civil adecuada, según lo dispuesto por el artículo 12° del Código, el actor civil no podrá impugnar la resolución correspondiente.

Art. 408°. Extensión del recurso

1. **Cuando en un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales.**
2. **La impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil.**

3. **La impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.**

COMENTARIO

Este artículo está referido al efecto extensivo del recurso impugnatorio. Es decir, cuando un procesado resulta favorecido por el recurso interpuesto por un coimputado o por un tercero civil, también favorecerá a los demás. El efecto extensivo beneficia a quien se encuentra en una posición pasiva respecto a la impugnación pero se encuentra en una situación similar o su condición no es incompatible con la del impugnante.

Con este efecto extensivo se busca que no se resuelva de modo distinto o contrario la situación jurídica de dos sujetos que participan de la misma o de similar posición o situación jurídica, como condenar a un procesado y absolver a otro, pese a su participación igual o equivalente. Funciona sólo respecto a coimputados o de éstos y los terceros civiles y viceversa. En el caso de los coimputados, siempre que los motivos de impugnación no sean estrictamente personales.

Cuando la norma establece que la impugnación favorece a los demás coimputados siempre que no se base en **motivos personales**, se refiere a situaciones que no se pueden comunicar al coimputado no impugnante ni siquiera indirectamente como la inimputabilidad, la inexigibilidad, el error de tipo o de prohibición, la falta de calidades especiales del sujeto, etc. Sin embargo, consideramos que no hay inconveniente para que el favorecido con el efecto extensivo pueda posteriormente presentar motivos o argumentos complementarios sin extralimitarse del área de la impugnación opuesta.

Art. 409°. Competencia del Tribunal Revisor

1. **La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.**
2. **Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.**
3. **La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impug-**

nación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio.

COMENTARIO

Este artículo acertadamente establece que el Tribunal de apelación es competente sólo para conocer la materia impugnada, esto es, sólo debe pronunciarse respecto a los extremos cuestionados (*tantum apellatum cuanto devolutum*), con lo que niega la facultad del Tribunal para resolver aspectos no cuestionados por el impugnante. Sin embargo, si se tratase de aspectos sustanciales o de nulidad absoluta no previstas por el impugnante, el Tribunal puede declarar la nulidad o ineficacia de los mismos.

Como se sabe, los supuestos de nulidad absoluta están previstos en el artículo 150° del Código y están referidos a defectos en la intervención, asistencia y representación del imputado o a la ausencia de su defensor en casos de presencia obligatoria; al nombramiento, capacidad y constitución de jueces y salas; a la promoción de la acción penal y participación del Ministerio Público en casos de intervención obligatoria; y en general a la inobservancia de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

Obviamente, en estos casos debe tenerse en cuenta los vicios que pueden ser convalidados, saneados o de nulidad relativa no instados por la parte procesal afectada, en cuyos casos, aun frente a los supuestos de defectos advertidos por el Tribunal, éste no podrá declarar la nulidad. Asimismo, aun en casos de nulidad absoluta la declaración de nulidad no podrá retrotraer el proceso a etapas ya precluidas (salvo los supuestos autorizados por la norma procesal).

Igualmente, el Tribunal no podrá anular la decisión recurrida cuando los errores en su fundamentación no hubiesen influido en la parte resolutiva de la resolución; sin embargo, deberá corregir dichos errores.

De otro lado, este artículo hace referencia a la prohibición de la *reformatio in peius*, es decir a los supuestos en que el único impugnante es el imputado, en cuyo caso el Tribunal de ninguna manera podrá resolver empeorando la situación jurídica del recurrente, tanto respecto a la pena, reparación civil, consecuencias accesorias (decomiso o medidas aplicadas a las personas jurídicas), nulidades en su agravio, inscripciones que lo perjudiquen, etc. Sin embargo, si el recurrente fuera el Ministerio Público, aun cuando también lo fuese el propio imputado, el Tribunal tiene las más amplias facultades para resolver todos los extremos impugnados, aun cuando favorezcan o perjudiquen a las partes o al imputado. Inclusive el Ministerio Público puede recurrir a favor del propio imputado. Con lo que queda claro que la actuación Fiscal no está orientada únicamente a acusar o actuar en contra del agente del delito, sino y sobre todo en defensa de la legalidad.

Art. 410°. Impugnación diferida

1. En los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, la impugnación que se presente si es concedida reservará la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia, salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes.

2. En este último caso, la parte afectada podrá interponer recurso de queja, en el modo y forma previsto por la Ley.

COMENTARIO

La impugnación diferida, que ya se está dando con la legislación anterior al Código, creemos que constituye una importante medida en aras de la celeridad procesal y a favor de las partes procesales. Pues ordinariamente sucedía, y todavía sucede, que al resolverse un pequeño extremo de la materia procesal, se producía la apelación o el recurso de nulidad y se remitía al Tribunal de Apelación todos los actuados, con la consecuente demora respecto a los demás extremos, ya se trate de otros procesados, otros delitos, u otros aspectos discutidos en el proceso.

En el presente caso, de producirse el sobreseimiento de alguno de los extremos materia de autos, de ser impugnada esta decisión, no se producirá la remisión de los actuados al Superior, sino que se reservará los actuados en poder del Juez que resuelve, hasta que se dicte la sentencia que ponga fin a la instancia resolviendo los demás puntos controvertidos; recién en este momento se elevarán los actuados al Superior para que conozca de la impugnación del sobreseimiento conjuntamente con las demás impugnaciones que se hubieran planteado; y de no haberse impugnado los otros extremos para que el Superior conozca únicamente el extremo del Sobreseimiento.

Sin embargo, si la no remisión inmediata de los actuados al superior causara perjuicio a alguna de las partes, de todos modos, se deberá remitir copias de los actuados al Superior conjuntamente con la impugnación del sobreseimiento, para evitar que el paso del tiempo siga perjudicando a la parte interesada y el Superior pueda resolver oportunamente. Pero, claro, sólo se enviarán copias para no perjudicar con la dilación a las otras partes comprendidas en los extremos sobre los cuales no versa el sobreseimiento. En caso de que el Juez se negara a la remisión de los actuados, el interesado podrá recurrir en queja.

Art. 411°. Libertad de los imputados

Los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad. El juzgador está facultado para dictar las medidas que aseguren la presencia del imputado, siendo aplicable en lo pertinente las restricciones contempladas en el artículo 288°.

COMENTARIO

Resulta lógico que el procesado que ya ha sido condenado en primera instancia y se encuentra purgando una pena privativa de libertad, recobre su libertad una vez cumplido el tiempo de la condena impuesta, y si por efecto de la impugnación transcurre el tiempo sin resolverse el extremo impugnado, independientemente de quien sea el impugnante (Ministerio Público, parte civil o el propio condenado), el condenado recobre su libertad, pues nada justifica que permanezca encarcelado si la pena impuesta ya se ha cumplido.

Ello se aprecia más claramente cuando el apelante es el propio imputado, puesto que en este caso, en virtud a la prohibición de la reforma en peor, el órgano superior no puede agravar la pena, esto es, no puede aumentar el tiempo de la pena privativa de libertad, por lo que al haberse cumplido ésta, no hay razón alguna para que el condenado permanezca en prisión.

Art. 412°. Ejecución provisional

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

COMENTARIO

Este artículo, en concordancia con el artículo 402°, dispone que el mandato contenido en la resolución impugnada se cumple provisionalmente a pesar de la imposición del recurso impugnatorio, dictándose las medidas pertinentes que el caso requiera. Sin embargo, al contrario de lo dispuesto en el artículo 402°, que se refiere fundamentalmente a los supuestos en que se impone una pena privativa de libertad al procesado que se encuentra libre, este

artículo (412°), está referido a los casos en que se dispone la libertad del procesado que se encuentra en prisión (sufriendo detención preventiva). En este último supuesto, la resolución que dispone la libertad de todas maneras se ejecutará. Se establece que en estos supuestos las sentencias y demás resoluciones no podrán tener efectos suspensivo.

Como ya se señaló, el efecto suspensivo de los recursos trae como consecuencia la suspensión de los efectos de la resolución impugnada (sea estos decretos, autos o sentencias). Sin embargo, esto no podrá suceder en los casos en que esté de por medio la libertad de la persona. Así por ejemplo:

- En caso de la cesación de la prisión preventiva. Si el juez ordena la libertad fijará las reglas de conducta. La apelación no impide la excarcelación.
- En los casos de los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad.

SECCIÓN II
LOS RECURSOS

Art. 413º. Clases

Los recursos contra las resoluciones judiciales son:
1. Recurso de reposición
2. Recurso de apelación
3. Recurso de casación
4. Recurso de queja

Art. 414º. Plazos

1. Los plazos para la interposición de los recursos, salvo disposición legal distinta, son:
   a) Diez días para el recurso de casación
   b) Cinco días para el recurso de apelación contra sentencias
   c) Tres días para el recurso de apelación contra autos interlocutorios y el recurso de queja
   d) Dos días para el recurso de reposición
2. El plazo se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución.



Art. 415º. Ámbito

1. **El recurso de reposición procede contra los decretos, a fin de que el Juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda. Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.**
2. El trámite que se observará será el siguiente:
   a) **Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente inadmisible, lo declarará así sin más trámite.**
   b) **Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas. Si el Juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.**
3. **El auto que resuelve la reposición es inimpugnable.**

COMENTARIO

El Recurso de Reposición, también conocido como recurso de súplica, se concede para pedir al mismo juez que revoque una resolución que ha dictado en el proceso, ya que produce agravios a uno de los sujetos procesales. No implica que la resolución va a ser elevada ante el superior para ser observada, sino que va a ser el mismo juez el que revise su propia resolución. Es decir, se trata de una impugnación no devolutiva, donde el juez no se desprende de la

jurisdicción, sino que estudia nuevamente su propia resolución que ha sido considerada injusta.

Las causas que se invocan en este recurso no están referidas a las decisiones de fondo, sino únicamente de naturaleza procesal, cuando se ha incurrido en un error en el proceso.

El recurso de reposición puede interponerse junto con el recurso de apelación, en cuyo caso éste último opera subsidiariamente. Si no procede el recurso de reposición se otorga el de apelación. Sin embargo, hay que tener presente que antes de conceder el recurso de apelación, primero se debe resolver la reposición, sino se considera mal concedida la apelación. Asimismo si se negó la reposición y no se interpuso la apelación en subsidio, no se considera la apelación si se interpone después de comunicarse la negativa de la reposición.

SECCIÓN IV
EL RECURSO DE APELACIÓN

TÍTULO I
PRECEPTOS GENERALES

Art. 416°. Resoluciones apelables y exigencia formal

1. El recurso de apelación procederá contra:
   a) Las sentencias;
   b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia;
   c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;
   d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva;
   e) Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.
2. Cuando la Sala Penal Superior tenga su sede en un lugar distinto del Juzgado, el recurrente deberá fijar domicilio procesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio del recurso de apelación. En caso contrario, se le tendrá por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones dictadas por la Sala Penal Superior.

Art. 417°. Competencia

1. Contra las decisiones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado, conoce el recurso la Sala Penal Superior.
2. Contra las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, conoce del recurso el Juzgado Penal unipersonal.

Art. 418°. Efectos

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.

Art. 419°. Facultades de la Sala Penal Superior

1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.
2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria.
3. Bastan dos votos conformes para absolver el grado.

TÍTULO II
LA APELACIÓN DE AUTOS

Art. 420°. Trámite

1. Recibidos los autos, salvo los casos expresamente previstos en este Código, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días.
2. Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, y se señalará día y hora para la audiencia de apelación.
3. Antes de la notificación de dicho decreto, el Ministerio Público y los demás sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, de lo que se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales por el plazo de tres días. Excepcionalmente la Sala podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.
4. El auto en el que la Sala declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415°.
5. A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia, que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra.
6. En cualquier momento de la audiencia, la Sala podrá formular preguntas al Fiscal o a los abogados de los demás sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida.
7. Salvo los casos expresamente previstos en este Código, la Sala absolverá el grado en el plazo de veinte días.

TÍTULO III
LA APELACIÓN DE SENTENCIAS

Art. 421°. Trámite inicial

1. Recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días.
2. Cumplida la absolución de agravios o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días. El auto que declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415.

Art. 422°. Pruebas en Segunda Instancia

1. El escrito de ofrecimiento de pruebas deberá indicar específicamente, bajo sanción de inadmisibilidad, el aporte que espera de la prueba ofrecida.
2. 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.
3. Sólo se admitirán medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia. Si sólo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo. Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, rigen los límites estipulados en el artículo 374 del Código Procesal Civil.
4. La Sala mediante auto, en el plazo de tres días, decidirá la admisibilidad de las pruebas ofrecidas en función a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 155 y a los puntos materia de discusión en la apelación. La resolución es inimpugnable.

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

Art. 423°. Emplazamiento para la audiencia de apelación

1. Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación.
2. Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal.
3. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente.
4. Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces.
5. Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación; y,
6. Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.

Art. 424°. Audiencia de apelación

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

3. A continuación se actuarán las pruebas admitidas. El interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar.
4. Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.
5. Al culminar la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden empezando por las recurrentes, de conformidad en lo pertinente con el numeral 1) de artículo 386. El imputado tendrá derecho a la última palabra. Rige lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 386.

Art. 425°. Sentencia de Segunda Instancia

1. Rige para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia lo dispuesto, en lo pertinente, en el artículo 393. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de diez días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos.
2. 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.
3. La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede:
   a) Declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar;
   b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a

la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.
4. La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública. Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia.
5. Contra la sentencia de segunda instancia sólo procede el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para su admisión.
6. Leída y notificada la sentencia de segunda instancia, luego de vencerse el plazo para intentar recurrirla, el expediente será remitido al Juez que corresponde ejecutarla conforme a lo dispuesto en este Código.

Art. 426°. Nulidad del juicio

1. En los casos del literal a) del numeral 3) del artículo anterior, no podrán intervenir los jueces que conocieron del juicio anulado.
2. Si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en éste no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.

COMENTARIO

1. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apelación, es considerada el más importante de los recursos impugnatorios, y a la vez, el más antiguo. Consiste en la petición al Juez que emite la resolución con el fin de que eleve los actuados al Superior (*Ad Quem*) para

que revise, reexamine y repare defectos, vicios o errores del procedimiento o de la sentencia y pueda modificar o enmendar con arreglo a derecho la resolución judicial emitida por el juez jerárquicamente inferior (*A Quo*).

Con la apelación hay un nuevo conocimiento por parte del tribunal superior del sentido total de la resolución impugnada. Surge así el segundo grado de jurisdicción, cuyo objeto es reexaminar la misma litis o negocio que fue objeto del primero, pues el recurso no da origen a juicio diverso (PAILLAS: 1986, p. 145).

El recurso de apelación procede tanto para sentencias definitivas como para los autos interlocutorios. La sentencia definitiva es una resolución que se dicta al final del proceso y se pronuncia sobre el fondo del asunto. Los autos interlocutorios, llamados también sentencias interlocutorias o simplemente interlocutorios, son aquellas resoluciones que se dictan durante el desarrollo del proceso y resuelven una cuestión incidental.

2. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

El art. 416° señala en qué casos procede este recurso, resaltándose en su literal b) del numeral 1) que procede en los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, así como en los demás que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o a la instancia. Asimismo, los demás previstos en el artículo 416°. De éstos, merece destacar la procedencia de la apelación de autos que causen perjuicios irreparable a las partes, en cuyo caso, aun cuando no estén previstos expresamente se concederá la apelación, tal como lo indica el literal e) del mismo numeral, el mismo que hace referencia a ***gravamen***, término que no resulta comprensible, quedando como única interpretación su equivalencia con perjuicio o daño.

3. EFECTOS JURÍDICOS

A través del efecto suspensivo lo que se busca es dejar en suspenso las consecuencias y los actos a cumplir que contiene la resolución impugnada. El efecto suspensivo se produce mientras transcurra el plazo para impugnar y mientras el recurso se tramita en sede superior hasta la decisión. En nuestro Código Procesal el recurso de apelación tiene efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia. En caso de sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente; siendo el Tribunal Superior el único que en cualquier estado del procedimiento recursal mediante auto inimpugnable y atendiendo a las circunstancias del caso,

puede decidir si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse o mantenerse.

4. *REFORMATIO IN PEJUS*

A través de este principio, cuando exista un recurso de apelación interpuesto por el imputado, el tribunal superior no puede imponer una pena mayor que la aplicada por el juez inferior a menos que haya apelado el fiscal. Asimismo, no puede aumentar el monto de la reparación civil o imponer consecuencias accesorias ni establecer nulidades o registros en perjuicio del apelante. Como refiere VESCOVI (1988: p. 171) "(...) la prohibición de la *reformatio in pejus* funciona sólo en beneficio del imputado y no del Ministerio Público, o sea que el tribunal (de alzada) no podrá fallar en perjuicio del reo, cuando no apele el Ministerio Público, pero sí en perjuicio de éste cuando no apele el imputado"; aun cuando nuestro Código establece que se puede agravar la situación del encausado (mayor pena, reparación civil, consecuencias accesorias, etc.), siendo suficiente para ello que entre los apelantes figure el Ministerio Público; igual criterio se aplicará para las demás consecuencias como la reparación civil y las accesorias, en las que bastará que apele la parte civil o el Procurador Público correspondiente. Inclusive, el artículo 418° 2, dispone que puede dictarse sentencia condenatoria aun en supuestos en que la sentencia apelada sea absolutoria.

La palabra *reformatio in pejus*, que proviene de un pasaje de Ulpiano y se aplica a todas las apelaciones devolutivas, constituye uno de los principios del debido proceso, y a la vez constituye una regla general en materia de recursos impugnatorios.

5. APELACIÓN DE SENTENCIAS

El recurso deberá imponerse ante el órgano judicial que dictó la resolución apelada. Concedido el recurso de apelación, se elevará inmediatamente los autos al Superior en Grado. Cumplida la absolución de agravios o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisible el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días.

6. LA APERTURA A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

La apreciación que se haga de la sentencia apelada ante la segunda instancia ha de tener sus fundamentos en la misma actividad probatoria desarrollada en la primera instancia, puesto que no se trata de un nuevo proceso. Como señala ORTELLS RAMOS (1994: p. 448) esto significa de entrada, que la segunda instancia del proceso penal produce una excepción al principio de

inmediación: el tribunal no juzga por las pruebas practicadas ante él, sino por las que se practicaron ante el juzgado.

Sin embargo, el Código señala que, en el escrito de apelación, el recurrente podrá ofrecer la práctica de pruebas en segunda instancia, debiendo indicarse lo que se busca con ellas. Esta actuación procede siempre que se trate de: a) Prueba o medios de prueba que no pudieron proponerse en primera instancia por desconocimiento de su existencia; b) medios que fueron indebidamente denegados, siempre que la parte hubiera formulado en su momento la oportuna reserva u oposición; y, c) medios admitidos en primera instancia que no fueron practicados por causas no imputables al apelante.

Sólo se admitirán medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia. Si sólo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo.

La apertura de prueba en segunda instancia se ha de orientar siempre a hechos nuevos y a la probanza de aquellos que no pudieron probarse en la primera instancia. No se admitirá el diligenciamiento de pruebas superfluas, sino las que contengan hechos relevantes. Tiene derecho a la prueba en la segunda instancia, tanto el apelante así como las demás partes no apelantes. Si se admite la actuación de nuevas pruebas ésta se rige por las normas generales de la etapa de Investigación. (No se admitirán pruebas prohibidas por la Ley o manifiestamente irrelevantes).

7. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La sentencia de segunda instancia puede:

a) Declarar la nulidad de la sentencia apelada en todo o en parte y disponer se remitan los autos al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar;

b) Confirmar o revocar la sentencia apelada.

c) Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las penas, reparación civil y demás consecuencias a que hubiera lugar. 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 o menos grave que 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.



Art. 427º. Procedencia

1. **El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.**
2. **La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:**
   a) **Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.**
   b) **Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.**
   c) **Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.**
3. **Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.**

4. Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Art. 428°. Desestimación

1. La Sala Penal de la Corte Suprema declarará la inadmisibilidad del recurso de casación cuando:
   a) no se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos 405 y 429;
   b) se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el Código;
   c) se refiere a resoluciones no impugnables en casación; y,
   d) el recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; o, si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.
2. También declarará la inadmisibilidad del recurso cuando:
   a) carezca manifiestamente de fundamento;
   b) se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida.
3. En estos casos la inadmisibilidad del recurso podrá afectar a todos los motivos aducidos o referirse solamente a alguno de ellos.

Art. 429°. Causales.- Son causales para interponer recurso de casación

1. Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
2. Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

3. Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.
4. Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
5. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Art. 430°. Interposición y admisión

1. El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 405, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.
2. Interpuesto recurso de casación, la Sala Penal Superior sólo podrá declarar su inadmisibilidad en los supuestos previstos en el artículo 405 o cuando se invoquen causales distintas de los enumerados en el Código.
3. Si se invoca el numeral 4) del artículo 427, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme al artículo 429, el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.
4. Si la Sala Penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un Distrito Judicial distinto de Lima, fijen nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación.

5. Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, siempre que previamente hubieren cumplido ante la Sala Penal Superior con lo dispuesto en el numeral anterior. Si, conforme a lo dispuesto en el numeral anterior, no se señaló nuevo domicilio procesal, se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema.
6. Acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá conforme al artículo 428 si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo. Esta resolución se expedirá dentro del plazo de veinte días. Bastan tres votos para decidir si procede conocer el fondo del asunto.

Art. 431°. Preparación y Audiencia

1. Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.
2. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisible el recurso de casación.
3. Instalada la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente. Si existen varios recurrentes, se seguirá el orden fijado en el numeral 5) del artículo 424, luego de lo cual informarán los abogados de las partes recurridas. Si asiste el imputado, se le concederá la palabra en último término.
4. Culminada la audiencia, la Sala procederá, en lo pertinente, conforme a los numerales 1) y 4) del artículo 425. La sentencia se expedirá en el plazo de veinte días. El recurso de casación se resuelve con cuatro votos conformes.

Art. 432°. Competencia

1. El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso sólo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.
2. La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos.
3. Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria.

Art. 433°. Contenido de la sentencia casatoria y Pleno Casatorio

1. Si la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la sentencia o auto recurridos, podrá decidir por sí el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, u ordenar el reenvió del proceso. La sentencia se notificará a todas las partes, incluso a las no recurrentes.
2. Si opta por la anulación sin reenvío en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido. Si decide la anulación con reenvió, indicará el Juez o Sala Penal Superior competente y el acto procesal que deba renovarse. El órgano jurisdiccional que reciba los autos, procederá de conformidad con lo resuelto por la Sala Penal Suprema.
3. En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su ins-

tancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

4. Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior.

Art. 434°. Efectos de la anulación

1. La anulación del auto o sentencia recurridos podrá ser total o parcial.
2. Si no han anulado todas las disposiciones de la sentencia impugnada, ésta tendrá valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. La Sala Penal de la Corte Suprema declarará en la parte resolutiva de la sentencia casatoria, cuando ello sea necesario, qué partes de la sentencia impugnada adquieren ejecutoria.

Art. 435°. Libertad del imputado

Cuando por efecto de la casación del auto o sentencia recurridos deba cesar la detención del procesado, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenará directamente la libertad. De igual modo procederá, respecto de otras medidas de coerción.

Art. 436°. Improcedencia de recursos

1. La sentencia casatoria no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la acción de revisión de la sentencia condenatoria prevista en este Código.
2. Tampoco será susceptible de impugnación la sentencia que se dictare en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria. Sí lo será, en cambio, si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria.

COMENTARIO

1. CONCEPTO

El recurso extraordinario de casación en materia penal es un medio de impugnación que se lleva a cabo en la Sala Penal de la Corte Suprema para obtener la nulidad de una sentencia o auto emitido por el juez inferior, la que contiene un error en lo sustancial o en el procedimiento.

BENJAMIN IRRAGORI DIEZ (1974: p. 273) precisa que: «la casación debe extenderse como un juicio de impugnación, valorativo, preciso, en orden de examinar una sentencia dictada por el tribunal superior de distrito judicial, con vicios relativos al juzgamiento o al procedimiento, vale decir, violación de la Ley penal sustantiva; violación de la Ley procesal ...».

2. FINALIDAD

En sus inicios la finalidad del recurso de casación era la defensa del derecho objetivo y la unidad de la jurisprudencia, posteriormente se produce la transformación en sus fines y lo que se busca es hacer justicia en el caso específico. Es aquí cuando aparece como un medio de impugnación (recurso) impulsado por el particular que sufre agravio en la sentencia.

Agrega VESCOVI (1988: p. 240) que «tampoco se puede negar en función de sus fines actuales, que la casación, persigue el *interés público* de la correcta aplicación de la ley y la unificación de la jurisprudencia que pueden ser finalidades de política procesal perfectamente aceptables.

3. DISTINCIÓN ENTRE ERROR IN PROCEDENDO Y ERROR IN IUDICANDO

Con el recurso de casación no se revisa la injustificación que tiene la resolución emitida; sino si los errores de derecho sustantivo o procesal; es

decir, error en la aplicación del derecho sustantivo o en el derecho del proceso. También conocidos como error en el fondo o en la forma. Si se ha producido una inobservancia de la norma procesal se tratará de un error *in procedendo* y si no hay coincidencia entre la resolución del juez y la ley sustancial se tratará de un error *in iudicando*.

4. ERRORES POR LOS QUE PROCEDE LA CASACIÓN

Para que el tribunal pueda aplicar el derecho se pueden casar las siguientes resoluciones, entre otras:

1. Las sentencias que no exponen con claridad las razones de derecho que la sustentan.
2. Las sentencias que no citan el artículo que tipifica el hecho como delictuoso, o no expuso con claridad el fundamento de derecho que la sustenta; y a la vez aquellas sentencias que no expresan de manera clara las pruebas sobre los hechos que el juez considera probados.
3. Cuando la sentencia o auto hace referencia a un hecho distinto del que se le atribuye al procesado.
4. Las sentencias que no resuelven los puntos cardinales que fueron objeto de acusación fiscal, o que estaban contenidas en los alegatos del defensor.
5. Las sentencias que contengan contradicción en los hechos que se tienen por probados.
6. Por errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación de una norma, si ello ha tenido exclusiva influencia en la parte resolutiva de la sentencia o auto.
7. Por confundir un delito por falta.
8. Cuando exista un motivo para disponer el sobreseimiento definitivo, o existe una eximente de responsabilidad y se ha dictado sentencia condenatoria.
9. Si la sentencia o auto ha sido expedido con manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
10. Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

Procede especialmente el recurso de casación para buscar la unificación en la interpretación de las normas de derecho y la homogeneidad en su aplica-

ción. De lo que se trata es la coherencia en la aplicación del Derecho. Es decir se busca con este recurso evitar la diversidad en la interpretación y aplicación de la norma y unificar los diversos puntos de vista, proporcionando a los operadores jurídicos los lineamientos generales para un adecuado ejercicio del derecho y aplicación de la ley. Como dice DE ELIA (1993: T. IV. p. 179) «Se abre de este modo la unificación de la jurisprudencia de los tribunales de mérito, produciendo con ello la coherencia del pensamiento jurídico en un momento determinado, pero adaptando también esa interpretación a los cambios sociales y políticos que va experimentando la comunidad en el devenir de su tiempo histórico, y en última *ratio*, manteniendo la uniformidad de la aplicación al derecho en general y de la ideología jurídico política del Estado en cada momento de su historia institucional»; de tal manera que el juez que sentencia no puede apartarse del principio jurisprudencial, que de acuerdo con la norma que estamos estudiando es de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, puede alejarse de dicho principio, siempre y cuando, dé una fundamentación razonable para ello.

De otro lado, debe precisarse que no todos los casos de sentencias o autos que pongan fin a la instancia o al proceso, pueden ser materia de casación; para ello es necesario que cumplan determinados requisitos vinculados con la gravedad de la pena o de la reparación civil, tal como lo establece el art. 427° del Código. Al respecto, sin embargo, hay que señalar que el Código presenta un vacío respecto a la procedencia de la casación en casos referidos a otras consecuencias del delito, como las consecuencias accesorias, que en muchos casos pueden resultar tan o más importantes que la propia pena y reparación civil.

Asimismo, no procederá el recurso de casación cuando el recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia que es confirmada por la Sala Penal Superior o si invoca violaciones de la ley que no hubieran sido invocadas en el recurso de nulidad correspondiente.

5. PLENOS CASATORIOS

Con la unificación de los criterios respecto a la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto, contenidos en las sentencias casatorias se forma la *doctrina jurisprudencial* que deben observar todos los operadores judiciales, los que si bien excepcionalmente pueden apartarse de su contenido, expresando motivos razonables y convincentes, en general resultan vinculados por esta doctrina, resultando su contenido de aplicación obligatoria. Esta doctrina jurisprudencial, si bien surge de las diversas sentencias casatorias, se consolida en los llamados *Plenos Casatorios* llevados a cabo por los Vocales de las Salas Penales de la Corte Suprema cuando existan pronunciamientos casatorios disímiles de las diversas Salas Penales.

Debe precisarse, sin embargo, que todos los pronunciamientos casatorios no contienen efectos vinculantes para los operadores jurídicos o judiciales, para que ello suceda la propia sentencia o pronunciamiento debe establecer que lo resuelto constituye precedente vinculante, dada la trascendencia o naturaleza del asunto, lo cual puede determinarse a pedido del Ministerio Público o de oficio por la propia Sala.

6. AUTORIDAD COMPETENTE

El recurso de casación es de competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema. La competencia se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos. Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria.

7. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN

Si la resolución de la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundado el recurso, tiene dos opciones: Declarar la nulidad de la sentencia o auto, y decidir por sí el caso; u Ordenar el reenvío del Proceso.

a) **Declara la nulidad de la sentencia o auto sin reenvío.-** Se presenta en el caso de casación por violación de una ley sustantiva, es decir, cuando hay una indebida o errónea aplicación de la ley penal. En este caso, la Sala Penal aplicará la norma correspondiente al hecho y quedará decidido, evitándose el reenvío, puesto que no existe la necesidad de un nuevo diligenciamiento de actuaciones de investigación o de un nuevo debate, siendo suficiente para el esclarecimiento del caso los elementos probatorios obrantes en autos. La sentencia casatoria no será susceptible de recurso alguno. Y si por efecto de la casación deba cesar la detención del procesado, la propia Sala Penal de la Corte Suprema ordenará directamente la libertad; lo mismo sucederá respecto a las demás medidas de coerción.

b) **Ordenar el Reenvío.-** Se produce el reenvío cuando hay un error en el proceso (error *in procedendo*) por que no se han realizado actuaciones de investigación necesarias para el esclarecimiento de los hechos y se requiere un nuevo debate al respecto. GIOVANNI LEONE (1963: p. 232), dice: «En el mismo modo se provee cuando es necesario aplicar disposiciones de la ley más favorable al imputado, aún cuando hayan sobrevenido después de la declaración del recurso, cuando no sean necesarias nuevas comprobaciones de

hecho". En este caso, la Sala Penal de la Corte Suprema anula las diligencias impugnadas y todas las que dependen de ella, e indicará al juez o la Sala Penal superior competente y el acto procesal que debe renovarse. En caso de no ser anulada toda la sentencia o auto, adquirirá el valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. La sentencia de anulación con reenvío se extiende también a los coimputados que no hayan propuesto recurso. La sentencia dictada en el juicio de reenvío, no será susceptible de recurso alguno, salvo que se sustente en otra causal ajena a la resuelta en la sentencia casatoria.

Sobre la naturaleza del juicio de reenvío, se han planteado dos concepciones: 1. Que el juicio de reenvío es la continuación del juicio anterior de apelación. 2. Que el juicio de reenvío es una fase autónoma de la relación procesal.

8. SUBSANACIÓN DE ERRORES

Se trata de los errores materiales o denominaciones jurídicas inexactas que se han producido en la sentencia, pero que no tienen influencia en la decisión, de modo que no causan la nulidad del pronunciamiento sino que sólo deben ser corregidos para mantener la correcta aplicación del derecho por parte de los tribunales inferiores. Los simples errores de derecho en la motivación del auto o sentencia recurridos y las erróneas indicaciones de los textos de la ley, no producen nulidad si no han tenido influencia decisiva en su parte resolutiva. Tampoco producen nulidad de las sentencias, los errores en la designación o en el cómputo de las penas. La rectificación la hace la Sala Penal de la Corte Suprema.

SECCIÓN VI
EL RECURSO DE QUEJA

Art. 437º. Procedencia y efectos

1. Procede recurso de queja de derecho contra la resolución del Juez que declara inadmisible el recurso de apelación.
2. También procede recurso de queja de derecho contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisible el recurso de casación.
3. El recurso de queja de derecho se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso.
4. La interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.

Art. 438º. Trámite

1. En el recurso de queja se precisará el motivo de su interposición con invocación de la norma jurídica vulnerada. Se acompañará el escrito que motivó la resolución recurrida y, en su caso, los referentes a su tramitación; la resolución recurrida; el escrito en que se recurre; y, la resolución denegatoria.
2. Rige lo dispuesto en los dos últimos párrafos del artículo 403 del Código Procesal Civil.
3. Interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional competente decidirá, sin trámite alguno, su admisibilidad y, en su caso, su fundabilidad. Para decidir, puede solicitarse al órgano jurisdiccional inferior copia de alguna actuación procesal. Este requerimiento puede cursarse por fax u otro medio adecuado.

4. **Si se declara fundada la queja, se concede el recurso y se ordena al Juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las partes.**
5. **Si se declara infundada la queja, se comunica la decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.**

COMENTARIO

1. CONCEPTO

La queja de derecho es un recurso ordinario, y a la vez, es un recurso de garantía de la defensa en el proceso; puesto que a través de éste el recurrente, a quien no se le concede la apelación o casación, puede acudir ante una instancia superior para que ésta revise la resolución emitida por el inferior.

VESCOVI (1988: p. 184) indica que «así como la apelación se otorga para reparar el error en el fundamento de una sentencia, la queja tiene por finalidad reparar el error respecto de la admisibilidad de una apelación y casación.

En caso que la queja de derecho sea por apelación será vista por la Sala Penal de la Corte Superior; si es por negación del recurso de casación la verá la Sala Penal de la Corte Suprema.

El recurrente o quejoso debe fundamentar legalmente la negación de la apelación o casación; y a la vez, cuáles son las razones para que su recurso tenga efecto en la Instancia Inferior.

Asimismo, el Superior (Corte Suprema y Corte Superior) debe revisar si la resolución emitida por el órgano Inferior (Juez Penal, o Sala Penal - Corte Superior) están encuadradas dentro de los causales de inadmisibilidad establecidas por el Código, de lo contrario, el recurso ha sido mal denegado, y de declararse fundado, se mandará conceder el recurso de apelación o el de casación según corresponda.

«El tribunal debe decidir sobre si el recurso ha sido bien o mal denegado, sin entrar a considerar la apelación propiamente dicha, por que la queja es sólo una vía de hecho para abrir la apelación en el caso en que el *a quo* la hubiera rechazado sin fundamento atendible» (DE ELIA: 1993, T. IV, p. 211).

SECCIÓN VII
LA ACCIÓN DE REVISIÓN

Art. 439°. Procedencia

La revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y sólo a favor del condenado, en los siguientes casos:

1. **Cuando después de una sentencia se dictara otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, resulte de su contradicción la prueba de la inocencia de alguno de los condenados.**
2. **Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada.**
3. **Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.**
4. **Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado.**
5. **Cuando se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado.**
6. **Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema.**

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

COMENTADO

VOLUMEN 2

COORDINADORES: ALEXANDER CLAROS GRANADOS Y GONZALO CASTAÑEDA QUIROZ

CÉSAR LANDA ARROYO
ARSENIO ORÉ GUARDIA
GIAMPOL TARQUDA PILCO
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA
NELLY ROSA VICKY MILLONES PALMADERA
ESTEÑA DOLIVETH INFANTE CASTILLO
CECILIA MILAGROS LEÓN VELÁSQUEZ
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO
PEDRO MIGUEL ANGULO ARANA
WILLIAM E. ARANA MORALES
CÉSAR RUBIO AZABACHE
VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA
LAURENCE CHUNGA HIDALGO
JOSÉ DAVID BURGOS ALFARO
VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA
OMAR LEVI ROSELLO SÁNCHEZ
CARLOS MACHUCA FUENTES
FERNANDO IBÉRICO CASTAÑEDA
JUAN RODOLFO ZAMORA BARBOZA
VÍCTOR RAÚL REYES ALVARADO
PERCY GARCÍA CAVERO
REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR
ÁNGEL FERNANDO UBAZ ZEGARRA
HAMILTON CASTRO TRIGOSO
AUGUSTO MEDINA OTAZU
PERCY VELÁSQUEZ DELGADO
LUZ SÁNCHEZ FIGUEROA
JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES
MANUEL FRISANCHO APARICIO
JOSÉ DOMINGO PÉREZ GÓMEZ
JUAN CARLOS JIMÉNEZ HERRERA
JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CÓRDOVA
JUAN ANTONIO ROSAS CASTAÑEDA
MARCO BARRETO GUZMÁN
ROSA ISABEL FLORES CHÁVEZ
EDUARDO ALCÓCER POVIS
WILIAM TIMANÁ GIRIO
MARLIO VÁSQUEZ VÁSQUEZ
ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE
JORGE ROSAS YATACO
FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN
HUGO PRÍNCIPE TRUJILLO
OMAR DUEÑAS CANCHES
JUAN R. HURTADO POMA
PABLO SÁNCHEZ VELARDE
JAVIER YSRAEL MOMETHIANO SANTIAGO
LUIS LAMAS PUCCIO
RURIK J. MEDINA TAPIA
CARLOS AMÉRICO RAMOS HEREDIA
HESBERT BENAVENTE CHORRES
GERSON WILFREDO CAMARENA ALIAGA
FREDY VALENZUELA YUZARBE
PABLO TALAVERA ELGUERA
ROSA MAVILA LEÓN
FIDEL S. ROJAS VARGAS
RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN
CARLOS ENRIQUE IBARRA ESPÍRITU
ALBERTO HUARWA OLIVARES

LEGALES INSTITUTO

LEGALES EDICIONES

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL
COMENTADO
VOLUMEN 2

© INSTITUTO LEGALES

© EDITORA Y DISTRIBUIDORA EDICIONES LEGALES E.I.R.L.
Jr. Azángaro 1075, of. 604, Lima-Perú
Teléfonos: (511) 427-2076 / 426-2406
RUC: 20523085345
web: www.legales.pe
e-mail: ventas@legales.pe

Primera edición: 2014
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-01620
Registro ISBN: 978-612-4115-55-4
La presente publicación consta de 2 volúmenes

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, sin previa autorización escrita del autor y el editor.

Diseño de portada: Edwing N. Gonzales Alvarado
Diagramación de interiores: Delia Morales Fernandez

Impresión y encuadernación:
XP Acabados Gráficos S.A.C.
Jr. Juan Chavez Tueros 1334 Chacra Rios Sur,
Cercado de Lima
RUC: 20515866460

Impreso en Perú / *Printed in Peru*

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN 1

COMENTARIOS DESDE UNA VISIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

BASES CONSTITUCIONALES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO
CÉSAR LANDA ARROYO 9

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL
ARSENIO ORÉ GUARDIA 27

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL (DECRETO LEGISLATIVO N° 957)

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I. Justicia Penal (incs. 1 y 2) 67

EL PRINCIPIO CONTRADICTORIO EN EL PROCESO PENAL
"El contradictorio es el mejor método de búsqueda de la verdad"
GIAMMPOL TABOADA PILCO 67

Artículo I. Justicia Penal (incs. 3 a 5) 71

ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DEL ERROR JUDICIAL
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA 71

Artículos II a VI 79

LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECH
NELLY ROSA VICKY MILLONES PALMADERA 80

LEGALES EDICIONES

LIBRO CUARTO
LA IMPUGNACIÓN
SECCIÓN I
PRECEPTOS GENERALES

Artículo 404. Facultad de recurrir

1. *Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Las recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida.*
2. *El derecho de impugnación corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos.*
3. *El defensor podrá recurrir directamente en favor de su patrocinado, quien posteriormente si no está conforme podrá desistirse. El desistimiento requiere autorización expresa de abogado defensor.*
4. *Los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición.*

Artículo 405. Formalidades del recurso

1. *Para la admisión del recurso se requiere:*

a) *Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.*

b) *Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trate de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se dan la resolución que.la motiva.*

c) *Que se precise los partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.*

2. *Los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la Ley.*

3. *El Juez que emitió la resolución impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes,*

luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. El Juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio.

Artículo 406. Desistimiento

1. Quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistirse antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando sus fundamentos.
2. El defensor no podrá desistirse de los recursos interpuestos por él sin mandato expreso de su patrocinado, posterior a la interposición del recurso.
3. El desistimiento no perjudicará a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas.

Artículo 407. Ámbito del recurso

1. El imputado y el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente, del objeto penal o del objeto civil de la resolución.
2. El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución.

Artículo 408. Extensión del recurso

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

Artículo 409. Competencia del Tribunal Revisor

1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.
2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el computo de las penas.
3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio.

LEGALES EDICIONES

Artículo 410. Impugnación diferida

1. En los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, la impugnación que se presente si es concedida reservará la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia, salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes.
2. En este último caso, la parte afectada podrá interponer recurso de queja, en el modo y forma previsto por la Ley.

Artículo 411. Libertad de los imputados

Los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad. El juzgador está facultado para dictar las medidas que aseguren la presencia del imputado, siendo aplicable en lo pertinente las restricciones contempladas en el artículo 288.

Artículo 412. Ejecución provisional

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

SECCIÓN II
LOS RECURSOS

Artículo 413. Clases

Los recursos contra las resoluciones judiciales son:

1. Recurso de reposición
2. Recurso de apelación
3. Recurso de casación
4. Recurso de queja

Artículo 414. Plazos

1. Los plazos para la interposición de los recursos, salvo disposición legal distinta, son:

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

LEGALES EDICIONES

d) Dos días para el recurso de reposición

2. El plazo se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

SECCIÓN III
EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Artículo 415. Ámbito

1. El recurso de reposición procede contra los decretos, a fin de que el Juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda. Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.
2. El trámite que se observará será el siguiente:

a) Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente inadmisible, lo declarará así sin más trámite.

b) Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas. Si el Juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.

3. El auto que resuelve la reposición es inimpugnable.

SECCIÓN IV
EL RECURSO DE APELACIÓN

TÍTULO I
PRECEPTOS GENERALES

Artículo 416. Resoluciones apelables y exigencia formal

1. El recurso de apelación procederá contra:

a) Las sentencias;

b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia;

c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;

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

e) Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

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

Artículo 417. Competencia

1. Contra las decisiones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado, conoce el recurso la Sala Penal Superior.
2. Contra las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, conoce del recurso el Juzgado Penal unipersonal.

Artículo 418. Efectos

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.

Artículo 419. Facultades de la Sala Penal Superior

1. La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.
2. El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria.
3. Bastan dos votos conformes para absolver el grado.

COMENTARIO:

EL RECURSO DE APELACIÓN: PROBLEMAS DE APLICACIÓN DERIVADOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CÓRDOVA*

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal que establece el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) es uno de raíz acusatoria, garantista, que busca proteger los derechos de las personas, así como la efectividad al momento de perseguir el delito.

En esta nueva lógica, el Código regula con mayor claridad (respecto al entramado y confuso sistema de regulación del Código de Procedimientos Penales) el sistema de recursos, así, se reúne en un solo libro: "la impugnación", los diversos medios de impugnación, además de su respectivo trámite.

Los recursos regulados en el nuevo sistema son el de reposición, el de apelación, el de queja y casación. El recurso de apelación viene a ser el proceso ordinario por excelencia, pues conoce tanto los hechos como el Derecho.

Es, por ello, que el recurso de apelación favorece y garantiza la protección del derecho al recurso, en tal sentido, su papel es fundamental en la función de garantía del proceso penal.

De ahí la importancia del conocimiento de la regulación actual, así como de los problemas que se originan en la aplicación y trámite de este recurso. Por ello, a través de la explicación de las instituciones y normas del recurso de apelación se abordaran los problemas más importantes que se han suscitado en el proceso de reforma, en especial, la inadmisibilidad del recurso de apelación contra autos por inasistencia de la parte recurrente a la audiencia y la condena del absuelto.

II. DERECHO AL RECURSO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho al recurso como derecho fundamental se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales y en nuestra Constitución Política de Estado. El contenido de este derecho se encuentra en la posibilidad de acceder a una nueva decisión que pueda ser favorable al recurrente,

* Coordinador del Área de Investigación de Derecho Procesal Penal del Instituto de Investigación de Derecho Público. Miembro del Área Penal de Gaceta Jurídica.

quien cree que ha sufrido un agravio de parte del juez *a quo*. En caso no se le de la oportunidad de reclamar, alegar y fundamentar que está sufriendo un agravio se vulneraría su derecho fundamental al recurso.

En ese sentido, señala Cafferata Nores[1], que es posible que las resoluciones jurisdiccionales sean equivocadas (en los hechos o en el derecho) y por ende ocasionen un perjuicio indebido a los afectados. Tal posibilidad, que deriva de la falibilidad propia de la condición humana, revela la necesidad de permitir un reexamen y eventual corrección de las decisiones judiciales, para evitar la consolidación de la injusticia; esto se viabiliza a través de los recursos.

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Fundamental señala 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 ratificadas por el Perú.

En ese sentido, el derecho al recurso si bien no se encuentra dentro del artículo 2 de nuestra Carta Magna, se encuentra dentro de los principios de la administración de justicia.

Por ello, es que cabe la interpretación que se haga del derecho al recurso en los instrumentos internacionales ratificados por el Perú. Así, la interpretación de este derecho, en el sistema regional de protección de derechos humanos, debe ser acorde con el artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala que "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."

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

1 CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2000, pp. 157-158.

LEGALES EDICIONES

Luego, el texto refiere que una de las garantías en el proceso penal es el derecho a recurrir al fallo del juez de primera instancia ante un tribunal superior. Reconoce el derecho al recurso y reconoce que la revisión se haga tanto de la sentencia como del auto, pues de la redacción del texto no se infiere que solo se aplique a las sentencias.

Como vemos, es una norma internacional de carácter amplio, que no restringe la interpretación de ningún modo, pues como garante del derecho a recurrir se puede entender que se puede implementar un sistema de recursos que posea a la apelación, la casación la queja y la reconsideración.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Concepto

El recurso de apelación es un remedio procesal de naturaleza ordinaria. En la teoría de los recursos se pueden diferenciar entre recursos ordinarios y extraordinarios. Los primeros están destinados a conocer la gran mayoría de causas, respetando así, el ordenamiento jurídico, el derecho al doble grado de jurisdicción. Los segundos son recursos más restringidos, en el sentido que las causales para instarlo son pocas y limitadas.

Así, el recurso de apelación al ser uno ordinario tiene dentro de su conocimiento una gran variedad de situaciones, las cuales son materia de impugnación.

Esta gran amplitud tiene que ver con el origen mismo de la apelación, que nació con un cuño inquisitivo. Binder[2] señala que nació en el derecho romano tardío, donde se consolidaron las estructuras imperiales y la jurisdicción comenzó a ser concebida como un poder delegado del emperador, quien podía recuperarlo a través de una cadena sucesiva de funcionarios... de este modo se fortalecía no tanto la idea de control de las partes sobre el fallo, sino la idea de control del Estado sobre la labor de los jueces.

Por ello, la apelación tiene esa amplitud, pues tiene una ligazón a sistemas procesales en los cuales no se respeta totalmente la inmediación, pues en ellos el recurso de apelación tiene que ver con que el tribunal de apelación se limite a leer los registros o escritos en que se basa

2 BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993. p. 268.

la actuación del proceso[3] -pudiendo leer y pronunciarse sobre todo lo actuado-, llegando a veces a límites insostenibles, pues a los jueces de alzada se les permitía revisar incluso lo que no había sido materia de apelación.

Esto tiene una influencia notable en lo que respecta a nuestro sistema procesal penal, pues al tratar de diferenciarlo del inquisitivo se busca que el juez de segunda instancia no tenga a su disposición las mismas actuaciones de la primera instancia, siendo esto así, las posibilidades de conocimiento no son las mismas, sino más limitadas, por ello, la revisión del fallo no podrá ser ilimitado como en el sistema inquisitivo.

Es, por ello, que si bien en un comienzo era totalmente amplia la materia de conocimiento de la apelación, ahora no es así, está limitado al conocimiento de lo que es materia de agravio (toda vez que el recurso es un derecho y no un sistema de revisión del superior), además que no puede revisar lo que se ha actuado con inmediación en la primera instancia.

Teniendo en cuenta esto debemos de señalar que la apelación es un remedio procesal, y en ese sentido, busca reponer en su derecho a quien ha sido agraviado con la decisión del juez.

En ese sentido, el objeto de este recurso consiste en lograr que un tribunal superior en grado al que dictó la resolución impugnada, tras un nuevo examen, tanto de las cuestiones de derecho cuanto de las de hecho, y en la medida de los agravios articulados, disponga la revocación o la nulidad de aquélla, así como, en su caso, la de los actos que la precedieron[4].

Comenta Lino[5] que a través del recurso de apelación cabe, no solo la reparación de cualquier error de juicio o de juzgamiento (*error in iudicando*), con prescindencia de que se haya producido en la aplicación de las normas jurídicas (*error in iure*) o en la apreciación de los hechos o valoración de la prueba (*error in facto*); sino también la de cualquier tipo de errores *in procedendo*, comprendiendo en consecuencia tanto a los que afectan directamente a la resolución impugnada cuanto a aquéllos que afectan a los actos anteriores al pronunciamiento de la decisión.

3 Ibidem, p. 267.
4 PALACIO, Lino Enrique. *Los recursos en el proceso penal*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998, p. 55.
5 Ibidem, p. 56.

Por ello, Clariá Olmedo define al recurso de apelación como el medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial, que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable[6].

2. Sujetos legitimados para recurrir

La facultad de recurrir se encuentra regulada en el artículo 404 del NCPP, así, en su apartado 2 establece que el derecho de impugnación corresponde solo a quien la ley se lo confiere expresamente. Vemos en esta disposición la influencia del principio de taxatividad de los recursos, pues solo se puede recurrir a las resoluciones que la ley permite y en la forma en que ella lo establece, siendo que la ley establece que solo ciertas personas pueden recurrir.

Los sujetos procesales principales de un determinado proceso penal son tres: el juez, el fiscal y el acusado. El juez no puede recurrir, la ley no lo considera a este efecto en razón que él no tiene algún tipo de interés en el resultado del proceso, pues de tenerlo perdería la imparcialidad, atributo y principio que es esencial a su naturaleza.

Así, en un Estado de Derecho existe una necesaria separación de funciones, por la cual el rol de juez no puede ser asumido por el fiscal, ni el rol de fiscal puede ser asumido por la defensa. El papel del juez es juzgar y, por ello, su ubicación debe de ser el de un tercero entre las partes, ajeno y sin intereses por lo que se discute dentro del proceso.

Junto con el juez también forman parte de la relación jurídico-procesal el fiscal, la defensa, además es posible la presencia del actor civil, el tercero civilmente responsable y la persona jurídica, todos ellos con un interés determinado en el resultado del proceso penal.

En la segunda parte del artículo que hemos hecho referencia se señala, respecto a la legitimad para recurrir: "si la ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos".

Sin embargo, esto es relativo, pues cada sujeto procesal debe primero de acreditar que ha sido afectado con la resolución emitida por el juez. Por ello, si el imputado es absuelto no tendrá legitimidad para recurrir

6 CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de derecho procesal penal*. T. V. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1966, p. 442.

la absolución, toda vez que, se entiende que no existe agravio, pues su inicial interés es que lo absolvieran de los cargos[7].

Esto tiene reconocimiento legal en el artículo 405 que determina que para la admisión del recurso se requiere que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, quien debe tener interés directo y debe de hallarse facultado legalmente para ello.

Entonces hay dos aspectos que se deben de tomar en cuenta para determinar quien se encuentra legitimado: 1) que el sujeto que sea parte en el proceso y 2) que exista un agravio determinado.

Respecto a lo primero tenemos que revisar lo que la regulación del NCPP determina, en ese sentido, señala el artículo 407 denominado "ámbito del recurso" que el imputado y el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente, el objeto penal o el objeto civil de la resolución.

Es decir, estos sujetos procesales recurren tanto a la decisión de condena, como al monto de la pena impuesta. Como en el proceso penal, la acción penal se tramita en el mismo proceso junto con la acción civil, llegada la resolución sobre este punto, ambos están legitimados para recurrir a este último extremo, claro, siempre en caso el fiscal se haya pronunciado sobre esto.

En el imputado existe un interés directo en la impugnación, toda vez, que a través de este recurso se puede modificar una resolución que influye en la declaración de certeza, ya sea excluyendo o atenuando la responsabilidad, o excluyendo o disminuyendo la pena[8].

En cambio, el Ministerio Público no tiene un interés directo, sino que obra por imperio de la ley y del principio de objetividad, lo que explica por qué el fiscal puede incluso recurrir a favor del imputado. En sentido contrario, DEL VALLE RANDICH[9] señala que el interés del Ministerio Público es un interés social de conseguir la sanción del imputado por el delito cometido. Pero como dijimos, el Ministerio Público no tiene ese interés, pues en ese caso aún cuando no haya un caso que sustentar en

7 Señala Doig Díaz que carece de legitimación la parte que haya visto satisfecha su pretensión. DOIG DÍAZ, Yolanda. "El recurso de apelación contra sentencias". En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 550.

8 DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho procesal penal. Parte general*. Segundo tomo, Imprenta editorial Pérez Pacussich, Lima, [s.a.], p. 151.

9 Ibidem, p. 152.

juicio oral o por lo que recurrir se tendría que hacer por ser perjudicado por la resolución –pues no obtuvo lo que quería: la condena–; sin embargo, no lo hace, pues lo que prima es la objetividad en su actuación.

El artículo 407 señala que el actor civil solo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución. En ese sentido, vemos que el Código ha establecido plenamente que el objeto del agravio del actor civil viene a ser el monto de la reparación civil.

Cabe preguntarnos, si el actor civil, una vez que el imputado ha sido absuelto, ¿puede impugnar la absolución?, pues pareciera que no puede impugnar la condena, lo cual es correcto, pues una de las mejoras de este nuevo Código es que se diferencia claramente la acción civil de la acción penal, en ese sentido, el actor civil tiene la posibilidad de impugnar únicamente el agravio producido a su persona, la cual es la reparación civil. Pues como lo establece el artículo 12.3: "la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida", la cual debe de ser concordada con el artículo 407.2 que señala que el actor civil solo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución. Lo cual no implica que no pueda establecer los hechos dañosos a efectos de solicitar la correspondiente reparación civil.

El tercero civilmente responsable es el sujeto procesal a quien se le considera responsable solidario con el imputado en base a criterios fundados en la relación funcional entre imputado y tercero civil con el delito. Por ello, el artículo 408 señala que la impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil y viceversa.

Si el delito se encuentra probado y se impone la reparación civil, el tercero civil; a pesar de la conformidad del imputado, puede impugnar la imposición de la reparación civil, pues su pretensión es autónoma, como dijimos, el NCPP hace una diferencia clara de la acción civil de la penal.

La persona jurídica es una creación del NCPP, así se le da personería similar a la del imputado, toda vez que tiene todos sus derechos, claro, su ámbito de responsabilidad es distinto y se basa en la peligrosidad de orden administrativo de la persona jurídica. Por ello, esto determina su ámbito de impugnación.

3. Competencia del tribunal revisor

Señala el artículo 409.1 que la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así, como para

declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

Esto es correcto, pues el juez no puede pronunciarse por una petición distinta a la solicitada (*extra petita, ultra petita, citra petita*) por la parte recurrente, más aun cuando en materia de recursos rige el principio dispositivo, por el cual el recurrente tiene la facultad de imponer un determinado recurso y desistirse de él.

Pero esto no explica por qué el tribunal puede declarar la nulidad de la sentencia (y parte del proceso) en caso de nulidades no advertidas. Lo que ocurre es que en este caso opera otro principio, el de legalidad, así, el juez, como garante de la legalidad del proceso, si advierte que este no se ha llevado de acuerdo con la normativa procesal y que se ha causado indefensión tiene necesariamente que declarar nulo el proceso.

En ese sentido se ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema que en el recurso de nulidad N° 1313-2008 – AYACUCHO, de catorce de enero de dos mil diez, ha señalado que: *"El Juez Penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la Acción Penal, por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial, lo que no es automático puesto que el Juez no actúa como simple receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público, pues lo que corresponde al Juez es evaluar si la promoción de la Acción Penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal"*.

La norma del artículo 409.1 señala que declarará la nulidad solo en caso de nulidad[10] absoluta o sustancial. Ambos en esencia vienen a ser lo mismo. Pues en la teoría de las nulidades procesales se entiende que existen dos tipos de nulidades: absolutas y relativas.

Las nulidades relativas son aquellas que por el principio de conservación se pueden convalidar, o las que son susceptibles de subsanar, es decir, a pesar de existir un acto procesal que afectó las normas o principios del proceso y que causó indefensión, por diversas razones se tiene por válido.

Lo mismo no pasa con las nulidades absolutas, pues estas no pueden ser convalidadas, en atención a que la afectación de los principios o normas son de rango constitucional. Siendo esto de la máxima importancia y afectando el proceso desde sus bases, por ello, el juez, cumpliendo su

10 La nulidad procesal es un instrumento procesal que consiste en "evaluar" y "valorar" la adecuación entre un acto procesal o varios actos procesales, en relación directa con las normas legales que regulan su proceso de formación.

función de garante de la legalidad, debe declarar la nulidad, incluso de oficio.

Siguiendo esta lógica, en el apartado 2 de esta norma, se señala que los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. Este vendría a ser un error convalidable o subsanable. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.

En el tercer apartado señala la norma que la impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado, en ese sentido no existe lo que se denomina la prohibición de la reforma en el peor de los casos para el Ministerio Público.

Sin embargo, la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio, acá sí tiene vigencia este principio de *non reformatio in peius*.

4. Admisibilidad y procedencia

En el artículo 405.1 se establece los criterios de admisibilidad de los recursos, entre ellos, el de apelación, sin embargo, en estricto, no son solo criterios de admisibilidad sino también de improcedencia, como explicaremos.

En doctrina procesal se diferencia los distintos tipos de controles que merece una cuestión procesal, así se tiene que todo tipo de cuestión se resuelve mediante su admisibilidad, procedibilidad y fundabilidad.

La tercera implica una decisión sobre el fondo del asunto, pero no se debe equiparar asunto con pretensión, en ese sentido, no solo se declara fundada la sentencia, sino cualquier otra cuestión anterior, como una excepción o una medida cautelar, pues cada cuestión tiene un fondo por el cual se deben de pronunciar, así como tienen requisitos de procedibilidad y admisibilidad que determinan su viabilidad procesal, como requisito previo de la declaración de fundabilidad[11].

Procedibilidad y admisibilidad son declaraciones que se efectúan sobre la viabilidad procesal de una cuestión antes de la declaración de fundabilidad de la misma, la diferencia entre ellas no la encontramos con

11 MONROY PALACIOS, Juan José. "Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano". En: *Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República*. N° 1/1, año 2007, pp. 299-302.

respecto a la materia sino con respecto a las consecuencias jurídicas, así la inadmisibilidad deniega la posibilidad de un pronunciamiento de fundabilidad que puede ser subsanado en un plazo perentorio[12]. En cambio, la improcedencia es una declaración de inviabilidad definitiva, por ejemplo, si el abogado no cumple con presentar su escrito de recurso en un plazo establecido por ley como obligatorio, pasado este ya no lo podrá presentar[13].

La normativa del NCPP exige que el recurso de apelación:

a) sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello.

En estricto no es un requisito de admisibilidad, pues de llegar a conocimiento del juez un recurso interpuesto por una persona que no tiene agravio, este no podrá devolverlo y dar un plazo prudencial para subsanar ello, pues es imposible subsanar la falta de legitimidad, lo qúe cabe es un pronunciamiento de improcedencia. Sin embargo, hay una excepción a esta regla, la cual es que el Ministerio Público puede incluso recurrir a favor del imputado.

b) sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley.

Estos son requisitos de forma totalmente necesarios para que sea eficaz el recurso. Sin embargo, el hecho de presentar un recurso sin la forma establecida (escrito) implicaría la inadmisibilidad del recurso, pues cabría subsanar esta omisión, pero, ¿en qué casos se produciría esto?, lo cierto es que sería muy difícil que se cree una situación de esta naturaleza –a menos que se cuente con el tiempo necesario para subsanarlo–, pues al llegar el abogado a la mesa

12 Ibidem.

13 La distinción entre procedencia y admisibilidad es tan sutil que solo existe en el plano negativo y no está referida al aspecto sobre el cual inciden (la validez de la cuestión o del procedimiento que le sirve de soporte), sino a las consecuencias procedimentales que cada una acarrea. Mientras la improcedencia constituye una declaración de invalidez con carácter insubsanable pues la cuestión y, a menos que la decisión sea recurrible, el procedimiento que lo contiene habrán concluido indefectiblemente, la inadmisibilidad es también una declaración de invalidez, pero provisional, es decir, denuncia la existencia de un vicio subsanable y, por tanto, sin concluir la cuestión, permite al juzgador otorgar un plazo a la parte interesada para que elimine el defecto. Superada la inadmisibilidad nace el derecho de la parte a un pronunciamiento fondal; viceversa, concluida la etapa de subsanación sin que esta se haya producido corresponderá, naturalmente, una declaración de improcedencia. Ibidem.

LEGALES EDICIONES

de partes la única forma de presentar el recurso es mediante un escrito, no se puede hacer de forma oral (excepto en el supuesto que analizaremos luego).

La segunda parte de esta norma establece que se puede interponer también de forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso, el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva. ¿Qué pasaría si no se interpone de esta forma?, lo cierto es que la única forma de hacerlo es en audiencia, si no se hace de esta forma simplemente no se interpone el recurso.

En el caso del plazo la situación es distinta, pues estamos ante una causal de improcedencia clara, si no se interpone en el plazo indicado, simplemente se perdió la oportunidad de interponerlo, el juez no podrá otorgar un plazo adicional.

c) **se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación especifica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.**

Esto se refiere al hecho de fundamentar adecuadamente el recurso, pues un recurso debe de ser claro y establecer puntualmente cada gravamen. Así, se sigue la clásica división entre fundamentos de hecho y derecho, concluyendo con el *petitum*, el objeto a pedir. Un recurso que no sea claro no podrá ser admitido, pues no cualquier pedido puede llegar al conocimiento del superior, sino aquel que esté bien fundamentado.

Es importante determinar si es que nos encontramos ante un requisito de admisibilidad o procedibilidad, en ese sentido, un recurso mal planteado no es un defecto de mera formalidad que pueda dar lugar a una correcta fundamentación, sin embargo, en aras de proteger el derecho al recurso, DOIG DÍAZ[14] señala que debe de realizarse una ponderación entre las consecuencias jurídicas del incumplimiento del presupuesto procesal y su trascendencia práctica, de tal manera que se posibilite la subsanación, siempre que pueda lograrse así la finalidad a la que sirve el requisito incumplido, sin que ello perjudique otros derechos o bienes igualmente

14 DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 552.

tutelables; y, siempre y cuando, el defecto no tenga origen en una actividad negligente del perjudicado, no dañe la regularidad del proceso o de los intereses legítimos de la parte contraria. De esto podemos afirmar que es un requisito de admisibilidad.

Este mismo artículo en su apartado 2 señala que los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la ley, siendo también una causa de improcedencia.

El órgano jurisdiccional encargado de analizar acerca de la concesión del recurso es el mismo órgano jurisdiccional que emitió la resolución recurrida. Una vez admitida notificará su decisión a todas las partes. Luego de esto, inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional superior competente.

Sin embargo, este control de procedencia y admisibilidad no solo se realiza en el nivel inferior, sino también en el superior, así, un recurso de apelación mal admitido puede rechazarse por el tribunal competente para conocer el fondo del asunto[15]. Por ello, la norma señala: "El juez que deba conocer la impugnación, aun de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio".

Si bien no se encuentra en el artículo 405, el hecho de impugnar una resolución que la ley no establece como recurrible es una causa de improcedencia. Así, el artículo 416 da cuenta de cuáles son las resoluciones apelables:

a) Las sentencias.
b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia.
c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena.
d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva.
e) Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

15 DOIG DÍAZ señala que la razón de esto es que el control de los requisitos procesales es un tema de orden público de carácter imperativo. Ibidem.

Como vemos son apelables autos y sentencias emitidas en primera instancia. Sin embargo no se apela cualquier auto, sino aquellos que para ser emitidos han tenido que pasar por un previo debate (lo que llaman autos interlocutorios), además estas resoluciones deben de afectar algún derecho.

Por último debemos de referir que el inciso e) es una cláusula abierta para así proteger el derecho al recurso, pues en su segunda parte establece que es apelable aquel auto que causa un gravamen irreparable.

Esta norma sirvió de base para admitir el recurso contra la resolución que aprueba el acuerdo de terminación anticipada. Así, el Acuerdo Plenario 05-2009/CJ-116 señaló:

> *"El artículo 468.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales –se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo– Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416.1 NCPP, que determina como objeto impugnable en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia –literal b)– o, en su caso, los que causen gravamen irreparable –literal e)–. No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416.1. b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipado y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso –pluralidad de la instancia– respecto de las decisiones que causan estado".*

5. Competencia

El recurso de apelación es devolutivo, es decir, cuando se recurre a una resolución esta es de conocimiento del superior.

Como sabemos en los sistemas de enjuiciamiento inquisitivo, donde nacen los recursos, se entendía que el poder de juzgar derivaba del soberano, quien entregaba parte de ese poder a los jueces. Siendo esto así, es fácil de entender que cuando se recurre se pide que el conocimiento del delito regrese (se devuelva) a su titular, quien resolverá con total legitimidad.

LEGALES EDICIONES

Al pasar de un sistema inquisitivo a uno acusatorio formal se cambió el fundamento de los recursos, pues se entienden ahora como un derecho a que un órgano jurisdiccional de mayor jerarquía (y por ello con presunción de tener mejores posibilidades de resolver de acuerdo a derecho) generalmente con más miembros que el inferior y con jueces de más edad y experiencia conozcan del recurso.

En base al efecto devolutivo, el artículo 417 establece que:

1. Contra las decisiones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado, conoce el recurso la Sala Penal Superior (Sala de Apelaciones, conformada por tres miembros).
2. Contra las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, conoce del recurso el Juzgado Penal unipersonal.

IV. LA APELACIÓN DE AUTOS

La apelación de autos es la garantía de un reexamen de aquel auto que causa agravio a la parte, por lo que se establece un trámite que según el artículo 420 es el siguiente: recibido el expediente judicial, la Sala de Apelaciones conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días, para así garantizar el derecho de defensa de todos los sujetos procesales.

Estos mismos sujetos procesales, una vez recibido este escrito, pueden absolver este traslado, por ello, una vez absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Sala de Apelaciones puede: Si lo estima inadmisible lo rechazará de plano[16], si lo estima admisible la causa quedará expedita para ser resuelta, debiéndose señalar día y hora para llevar a cabo la audiencia de apelación.

Señala el apartado 3 que antes de la notificación de dicho decreto (que señala fecha para la audiencia), el Ministerio Público y los demás sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso –esto no involucra actuación de pruebas–. Esto se pone en conocimiento de los sujetos procesales por el plazo de tres días. Excepcionalmente, la Sala podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.

16 Artículo 420.4: "El auto en el que la Sala declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415".

LEGALES EDICIONES

Hasta acá podemos ver un procedimiento basado en la escrituralidad, luego viene la parte oral conformada por la audiencia que es la esencia de este nuevo sistema procesal. Así, la norma procesal señala que a la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente.

La audiencia no podrá aplazarse por ninguna circunstancia. Al iniciar la audiencia se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra.

En cualquier momento de la audiencia, la Sala de Apelaciones podrá formular preguntas al Fiscal o a los abogados de los demás sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto especifico de la cuestión debatida.

Se debe de recordar que la Sala de Apelaciones debe de resolver en un plazo máximo de 20 días. Sin embargo, estas normas no han previsto qué sanción cabria a la persona que recurre y que no se apersona a la audiencia de apelación de auto.

V. LA INADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE AUTOS POR INASISTENCIA DEL RECURRENTE A LA AUDIENCIA

En el proceso de reforma procesal penal se ha detectado algunos problemas y vacíos en las normas procesales que han llevado a ciertas salidas, algunas compartidas por los magistrados y otras resistidas.

Una de estas propuestas controvertidas de interpretación de normas ha sido el referido a que si en caso que la parte recurrente en apelación (de un auto) no asista a la audiencia donde se debatiría sobre esto, se debería o no declarar inadmisible este recurso.

Las opiniones han estado divididas, por ello, los jueces que aplican el NCPP realizaron un Pleno Regional en Arequipa en julio de 2009. Ahí se debatió dos posiciones diametralmente opuestas:

- Primera posición: Se aplica el artículo 423, inciso 3[17] del NCPP para todos los casos de audiencia en segunda instancia, pues rige como criterio

17 Norma que regula la audiencia de apelación de sentencias que señala: "Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente".

LEGALES EDICIONES

de interpretación sistemática la aplicación de los principios generales del Título Preliminar del Código, en el sentido de cautelar la vigencia del contradictorio y la oralidad de la audiencia. En ese sentido se aplica una norma de la apelación de sentencias a este caso.

- Segunda posición: No debe aplicarse extensivamente lo prescrito para las audiencias de apelación de sentencia, no siendo aplicables las reglas de interpretación general del Título Preliminar del NCPP, pues allí no hay nada que interpretar; toda vez que lo previsto para las audiencias de apelación de autos no solo omite intencionalmente la obligatoriedad de la asistencia del recurrente, sino que expresamente señala que a dicha audiencia concurrirán los sujetos procesales que lo estimen conveniente, ello según el amparo del principio de legalidad.

Quienes respaldan la primera posición señalan que a pesar que el NCPP no establece una sanción ante la insistencia de la parte recurrente, "creemos en salvaguarda de los principios de inmediación, oralidad y contradicción que adopta el nuevo sistema acusatorio, en la obligatoriedad de la asistencia de la defensa del recurrente a la audiencia de apelación de auto y en consecuencia ante la inconcurrencia de éste en la inadmisibilidad del medio impugnatorio interpuesto"[18].

Esto tiene su razón de ser en que si se hiciera de otra forma el órgano jurisdiccional podría resolver en base a la lectura del expediente judicial, como en el antiguo sistema inquisitivo[19].

Un segundo argumento tiene que ver con el principio dispositivo, pues se señala que la instancia de revisión se habilita siempre y cuando exista un interés legítimo en mantener la impugnación a lo largo del trámite de la al-

18 NEYRA FLORES, Jose Antonio. "Análisis de cuatro problemas, fundamentos y conclusiones del nuevo Código Procesal Penal. A raíz del Pleno Jurisdiccional Regional del NCPP Arequipa-julio 2009". En: *Revista Institucional de la AMAG T. II.* N° 9, 2009, pp. 70 y 71.

19 Si la parte recurrente no concurre a la audiencia de apelación para fundamentar su recurso no puede hablarse de audiencia pues la misma implica un escenario donde las partes ejercen sus derechos mediante la discusión, donde los intervinientes presentan oralmente sus peticiones argumentos y tiene la posibilidad de controvertir la opinión de su oponente. MONCADA CASAFRANCA Vanessa Ivonne. "Inadmisibilidad del recurso por inasistencia de la parte recurrente a la audiencia de apelación de auto". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. T. 9, Marzo de 2010, p. 248. En el mismo sentido: BURGOS MARIÑOS, Victor. "Las nuevas y buenas practicas en el proceso de implementación del NCPP y la contrarreforma". Disponible en: <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documentobusqueda&secID=1&search=burgos&catID=0&button=buscar>.

LEGALES EDICIONES

zada[20], entonces el desistimiento se traduce en la decisión de no mantener la impugnación; es decir, en la falta de voluntad impugnativa por las partes.

Siguiendo este razonamiento se entiende que la inasistencia injustificada de la parte recurrente a la audiencia de apelación de auto es algo similar a la renuncia al recurso, algo así como un desistimiento tácito, porque la voluntad impugnativa ya no existe[21]. En conclusión, no cabe invocar la afectación del derecho a la doble instancia en el sentido de que todo aquel que interpone un recurso tiene derecho de que el órgano jurisdiccional se pronuncie; pues, ya no existe la voluntad impugnativa del recurrente, lo cual se pone de manifiesto en su inasistencia injustificada a la audiencia de apelación de auto.

La posición contraria establece que si bien en la audiencia de apelación de sentencias se garantiza el contradictorio y por extensión se debería de aplicar a la apelación de autos, la situación en este trámite es distinta, en la medida que en la apelación de sentencias se garantiza la oralidad y contradicción, porque existe una revisión de los vicios *in iudicando* e *in procedendo*, al hacerse una revisión total de hechos y derecho que implica además el examen de la resolución de mayor importancia en el proceso como es la sentencia, siendo que en ella la actuación de las partes es de la máxima importancia.

Esto no ocurre con la apelación de autos que solo se da en los siguientes casos:1) autos de sobreseimiento, 2) autos que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia, 3) autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena, 4) autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva, 5) autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

20 BERDICHEVSKY Adrián. "Reposición y apelación". En: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto y DÍAZ CANTÓN, Fernando (comp.). *Los recursos en el procedimiento penal*. 2ª ed. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p 131. (cit) MONCADA CASAFRANCA Vanessa Ivonne. Ob. cit., p. 249.

21 Esta afirmación encuentra asidero en la legislación comparada, concretamente en el Código Procesal Penal de la República de Argentina, que regula en su artículo 446 la figura del desistimiento tácito cuando la parte recurrente –al interponer el recurso– o el fiscal de Cámara –al expedirse acerca del mantenimiento del recurso interpuesto por el inferior– expresaren su voluntad de informar oralmente, y no asistieren a la audiencia designada para tal efecto por el presidente de la Cámara. MONCADA CASAFRANCA Vanessa Ivonne. Ob. cit., p. 249 y 250.

Es decir, son autos que deciden sobre materias que no implican la responsabilidad o no del procesado a través de un razonamiento basado en pruebas sino en actos de investigación.

Por ello concluyen que la asistencia a la audiencia de apelación de autos se erige como una facultad, así al no tener la apelación de autos las mismas garantías que el juicio oral: contradicción y oralidad que se manifiesta en la apelación de sentencias a través de la actuación de prueba nueva; no es necesario la presencia de la defensa en la audiencia, pues los puntos están planteados en su escrito de apelación y lo único que se haría es repetirlos de forma oral no siendo necesario[22].

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 03051-2010-PHC/TC - La Libertad señaló:

> *"En el presente caso, se aduce una presunta afectación al derecho de defensa, sustentada en que supuestamente la Sala Superior emplazada habría imposibilitado la realización del informe oral del actor al no haberle notificado de dicha diligencia. Al respecto, este Colegiado considera que dicha alegación constituye una incidencia de carácter infraconstitucional toda vez que el incidente de la apelación de autos, que faculta a la Sala Superior la revisión de lo resuelto por el inferior en grado, se sustancia a través de una valoración netamente escrita en la que la parte apelante expone los argumentos que sustentan la pretensión del recurso [Cfr. STC 04155-2009-PHC/TC], sin perjuicio, claro está, de que la defensa del actor, teniendo conocimiento de la apelación del fiscal, realizada en la audiencia de la variación de la prisión preventiva, pueda peticionar informar ante la Sala Superior revisora y esta conceder tal petición conforme a lo establecido por el artículo 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala: 'El Presidente de la Sala hace citar con setenta y dos (72) horas de anticipación a los abogados que hayan solicitado el uso de la palabra para informar sobre hechos,precisando el tiempo que tienen para hacerlo' (cuestión esta última que no aconteció en el caso del actor tal como se desprende de los actuados)".*

Sin embargo, creemos que en una época de reforma procesal penal, cuando esta aún es incipiente, se debe de tratar de reforzar las posiciones

22 En ese sentido refieren Jeri y Zorrilla que como las actuaciones en esta audiencia son documentales, no se requerirá inmediación y por tanto la presencia de las partes. JERÍ CISNEROS, Julián Genaro y ZORRILLA ALIAGA, Dick Sténs. "La impugnación: los recursos, el recurso de reposición y el recurso de apelación. Artículos 413 a 146 del Código Procesal Penal". En: AA. VV. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara editores, Lima, 2009, p. 466.

que promuevan los principios en las que se inspira, así se hace necesario aplicar en toda su dimensión estos principios, por ello desde un punto de vista político-criminal se hace necesario declarar la admisibilidad del recursos por que el recurrente no fue a la audiencia de apelación de auto. Por estos motivos las consideraciones contrarias (que no es necesaria la realización de la audiencia) no son políticamente correctas.

Más importante, creemos, es el segundo fundamento que se basa en un razonamiento sencillo: como el apelante no fue a la audiencia de apelación, entonces tácitamente ha desistido. Esto es correcto toda vez que a diferencia del proceso principal o declarativo que se rige bajo el impulso de oficio por el principio de legalidad, el procedimiento recursivo se rige bajo el principio dispositivo, siendo la parte recurrente la titular de este, la que hace valer su voluntad.

En ese sentido, si esta no quiere seguir con el procedimiento recursivo no tiene porque seguir con él, pues opera la disposición de este trámite por él. Además, se debe tomar en cuenta que a diferencia de un sistema inquisitivo donde el recurso era una obligación a fin que el superior revise de oficio incluso lo que no había sido materia de impugnación, en un sistema acusatorio esto no es así, pues la parte tiene el derecho a recurrir y a desistirse del recurso sea de forma expresa o tácita, pero que sea evidente, como en este caso.

VI. LA APELACIÓN DE SENTENCIAS

El trámite según el artículo 421 es el siguiente: recibido el expediente judicial, la Sala de Apelaciones conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación a los demás sujetos procesales por el plazo de 5 días para la absolución de posiciones.

Cumplido con esto o vencido el plazo para hacerlo, (así como en el trámite de apelación de autos) si la Sala estima inadmisible el recurso lo rechazará de plano[23], de no ser así comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de 5 días.

1. Pruebas en segunda instancia

Una de las grandes novedades de la apelación del NCPP es la actuación de pruebas en la audiencia de segunda instancia.

23 En este caso también este auto que declara inadmisible el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415.

Así, el artículo 422 establece una serie de reglas para la efectiva práctica de la prueba en segunda instancia. Primero, el escrito en el cual se ofrece pruebas debe de indicar especificamente (bajo sanción de inadmisibilidad) el aporte de la prueba ofrecida, es decir, cual es su pertinencia en el caso[24].

Luego, la Sala de Apelaciones mediante auto, en el plazo de 3 días, decidirá la admisibilidad de las pruebas ofrecidas en función a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 155 (las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución)[25] y a los puntos materia de discusión en la apelación, esta resolución es inimpugnable.

Como estamos frente a un sistema de apelación mixto solo se admitirán algunos medios de pruebas que cumplan los siguientes requisitos[26]:

a) No se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia.
b) Fueron indebidamente denegados, siempre que el recurrente hubiera formulado en su momento la oportuna reserva.
c) Admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

Esta opción legislativa parte del conocimiento de los sistemas de apelación que se han dado a nivel legislativo: la apelación limitada y la apelación plena.

Para el sistema de apelación limitada, esta no es autónoma de la primera instancia, sino complementaria, en la medida que el órgano que conoce en segunda instancia se limita a efectuar un control meramente negativo, en el que no formula nuevas declaraciones[27].

24 Se señala que esto constituye una formalidad imprescindible para la admisibilidad de las pruebas, caso contrario deberá rechazarse su ofrecimiento. JERÍ CISNEROS, Julián Genaro y ZORRILLA ALIAGA, Dick Stens. Ob. cit., p. 470.
25 Sobre la admisibilidad y actuación de pruebas puede verse mi trabajo: "Problemas de aplicación de la formación de la prueba en el juicio oral del NCPP". En: AA. VV. *Juicio oral: problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
26 Para ver en extenso esto: DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 555.
27 DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de recursos en el proceso penal peruano: hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". En: *Anuario de Derecho Penal: la reforma del proceso penal peruano*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 202.

LEGALES EDICIONES

Esto tiene su correlato en la admisión de pruebas en segunda instancia, toda vez que el material instructorio es idéntico en ambas fases, sin posibilidad que las partes puedan deducir nuevas excepciones y nuevos medios de ataque y defensa, ni hechos o pruebas que no hayan sido deducidos en primera instancia[28], es una mera revisión.

En cambio, en el sistema pleno, la nueva fase es entendida como una continuación del primer proceso (*novum iudicium*), en el que existirá un nuevo pronunciamiento, autónomo, sobre el fondo del asunto[29].

Así, en este sistema, el material instructorio de la segunda instancia se nutre tanto del que fue aportado en el primer grado como del novedosamente introducido en la fase de impugnación, admitiéndose nuevos hechos y medios de prueba, y hechos y medios de prueba anteriores no utilizados, por ello se reconoce el llamado *"ius novorum"* que comprende tanto los *nova producta* (materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en primera instancia), como los *"nova reperta"* (materiales anteriores a ese momento pero que no pudieron utilizarse por tomar la parte conocimiento de los mismos con posterioridad) y los *"nova allegata"* (materiales no utilizados voluntariamente en el primer proceso)[30].

El sistema de apelación del NCPP es uno que recoge algunos aportes de cada uno de estós sistemas, es por ello que la apelación es amplia, pues se puede ingresar pruebas no conocidas o mal admitidas, lo cual es una restricción en comparación al modelo pleno, sin embargo, el sistema de apelación no se le ve como una nueva primera instancia.

Debemos de señalar que este sistema de apelación no es el mejor, pues no ayuda a respetar la inmediación de primera instancia. La inmediación es uno de los principales principios que importan a la reforma procesal penal[31], así, un correcto entendimiento de su papel hará que la reforma

28 NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 386.

29 DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de recursos en el proceso penal peruano: hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". Ob. cit., p. 201.

30 NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Ob. cit., p. 387.

31 JAEN VALLEJO nos dice que es en el juicio oral donde hay que practicar las pruebas, porque solo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia; así lo exige tanto el carácter público del proceso, como el derecho de defensa. JAÉN VALLEJO, Manuel. "Los Principios de la Prueba en el Proceso Penal Español". Disponible en línea: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artjae1.htm>

procesal penal sea exitosa, por ello, es necesario definirla –a la inmediación– como aquel principio que implica la cercanía del juez con las partes y con la actuación de los medios de prueba para conseguir únicamente por este medio la convicción, en ese sentido, la inmediación refuerza lo acusatorio del modelo, pues sin inmediación el juez podría sentenciar en base a lo que obra en el expediente antes que lo que ha visto en la audiencia, reforzando de este modo los caracteres de escrituralidad del proceso.

La inmediación se da de modo pleno en la audiencia de juicio oral, pues al ser la fase central del proceso se hace necesaria su presencia para la producción de la prueba, esto no quita que la inmediación esté presente en las fases de investigación o etapa intermedia, toda vez que en ellas se instalan gran cantidad de audiencias, en las cuales las partes ofrecen la información de mejor calidad al juez para que este decida con respeto al caso concreto en base a las alegaciones que se dan frente a él, por ello, la inmediación es aquí también importante.

Pero ¿ocurre lo mismo con los recursos?, lo cierto es que no, pues si bien existe el derecho a una segunda instancia, el conocimiento que tienen los tribunales de segunda instancia es totalmente limitado, pues no existe inmediación con la producción de la prueba, por ello, el único control que en segunda instancia se puede hacer es el control del derecho y de lo lógico y razonado de las decisiones que se han hecho en primera instancia, pues revisar los hechos como lo establecen algunos autores es imposible, esto ha tenido reconocimiento jurisprudencial en la sentencia de Casación N° 03-2007-HUAURA, del 07 de noviembre de 2007:

"Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio. Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio. En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la

alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior... El relato fáctico que el Tribunal de Primera instancia asume como hecho probado, no siempre es inconmovible, 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. El Tribunal de Apelación asumió los criterios del Tribunal de Primera Instancia; y, estos revelan, como implícitamente afirmó, su contundencia, racionalidad y coherencia interna como prueba válida de cargo, con entidad suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia. El déficit de argumentación, en esos términos, no es constitucionalmente relevante".

Como hemos referido, la apelación es un recurso que por su propia configuración e historia implica un conocimiento limitado, por ello, es contrario a la inmediación que se requiere para decidir si una persona es o no culpable. Por ello se debe de buscar las formas que nos permita resguardar el principio de inmediación y que a su vez se garantice el derecho al recurso que toda persona posee.

Sin embargo, el Código ha optado por una regulación distinta y compleja, así regula el código que los medios de pruebas solo serán admitidos si es que se impugna el juicio de culpabilidad o de inocencia, es decir, se tiene que analizar la valoración de los hechos y su calificación jurídica.

En cambio señala el apartado 3 que si solo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas solo estarán referidas a este extremo.

Si la apelación solo se refiere al objeto civil del proceso, rigen los límites estipulados en el artículo 374 del Código Procesal Civil.

Solo se pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, y únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso.
2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.

Una excepción a este carácter limitado o restringido de la apelación es la establecida en el apartado 5, donde se señala: "también serán citados aquellos testigos –incluidos los agraviados– que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece trascrito en el acta del juicio"[32]. Pero se debe de tener cuidado, pues se podría desnaturalizar el recurso de apelación al no limitar el ingreso de prueba ya actuada a la audiencia de apelación.

Por ello, señala la sentencia de apelación N° 02-2009 que solo se aplicará este artículo (422.5) cuando las declaraciones de los testigos, incluidos los agraviados, adolezcan de sensibles defectos legales o déficit de información que impide el necesario esclarecimiento de los hechos objeto del debate. Es de tener en claro que el principio rector de la apelación penal contra sentencias definitivas es solo permitir la actuación de nuevas pruebas desde una perspectiva de complementación del material probatorio en orden a la corrección de irregularidades probatorias de la primera instancia y a superar, limitadamente, las preclusiones allí producidas.

2. Audiencia de apelación

Luego de decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto, se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para llevar a cabo la audiencia de apelación.

En esta audiencia es obligatoria la asistencia del fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el fiscal.

Si quien recurre es el imputado y este no concurre a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. Sin embargo, la Corte Suprema en la sentencia de apelación N° 02-2009 ha declarado que si el procesado recurre, pero se encontraba con orden de aprehensión, entonces el hecho de no acudir a la audiencia no implica la inadmisibilidad del recurso:

"El artículo cuatrocientos veintitrés, apartado tres, del nuevo Código Procesal, al desarrollar una institución de configuración legal, como es el recurso de apelación –cuyo reconocimiento y alcance legislativo de cara a

32 JERI CISNEROS, Julián Genaro y ZORRILLA ALIAGA, Dick Stens. Op. cit., pp. 473 y 474.

la garantía de la instancia plural no está puesta en duda–, establece la necesidad de la presencia personal del imputado recurrente a la audiencia de apelación de sentencia, exigencia que se sustenta en que todo imputado está sujeto al proceso y, por tanto, ligado a los mandatos judiciales de comparecencia –el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso–. Esta norma busca consolidar la vigencia de principios procesales y procedimentales de primer orden: contradicción efectiva –que integra la garantía de defensa procesal–, inmediación y oralidad –que integran la garantía del debido proceso.

En el caso concreto el imputado ha sido condenado a una pena privativa de libertad efectiva y se ha ordenado su captura, medida que rige –pese al recurso de apelación– por mandato del apartado dos del cuatrocientos dieciocho del nuevo Código Procesal Penal. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico garantiza plenamente el ejercicio de la libertad personal y es comprensivo del afán natural de las personas de evitar toda limitación o privación de la libertad, más allá de la legitimidad del mandato de la autoridad competente. Por ende, no considera apropiado imponer sanción alguna por su razonable ejercicio, salvo que en su comisión se vulneren otros bienes jurídicos protegidos –integridad corporal, patrimonio, objetividad y corrección del ejercicio de la función pública, etcétera–.

Este Supremo Tribunal entiende el motivo del imputado por no asistir a la audiencia de apelación: si se presenta sería detenido e ingresado a un Establecimiento Penal.

Así las cosas, no es proporcional exigir su presencia bajo apercibimiento de desestimar liminarmente su impugnación. Si se reconoce, como se hace, el derecho de las personas a la libertad ambulatoria, y si en el caso concreto su presencia implicaría su detención inmediata, no es posible anudar a su inconcurrencia la desestimación del recurso, con lo que se limitaría desproporcionadamente –desde el sub principio de proporcionalidad estricto– el derecho al recurso –se clausuraría la posibilidad de someter al conocimiento de un Tribunal Superior una resolución que le causa agravio– y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva –no se tendría acceso a la segunda instancia, legalmente prevista, pese a que la audiencia de apelación, en este caso, en atención a los motivos del recurso y al ámbito de sus objeciones, no requiere de modo necesario la presencia del imputado–.

En consecuencia, en este caso concreto, como está en riesgo la libertad personal del imputado –y solo porque lo está de modo irremediable– sería desproporcionado atar a su inconcurrencia la inadmisibilidad del recurso que interpuso. Por ello cabe concluir que el motivo de su probable inasistencia está justificado. La audiencia de apelación, por tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, a quien debe

reconocerse, analógicamente, la representación del imputado y, por tanto, los derechos de intervención en todas las diligencias y de ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal)".

Volviendo a la normativa, en caso que el recurrente sea el fiscal y no acuda a la audiencia, también se declarará inadmisible este recurso. Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación

Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces. Si la apelación en su conjunto solo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.

A fin de respetar en la medida de lo posible la inmediación en la audiencia de apelación se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia.

Al iniciar el debate se hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes. Acto seguido, se dará la oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como para que ratifiquen los motivos de la apelación.

A continuación se actuarán las pruebas admitidas. El interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar. Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383[33], a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.

33 Artículo 383 Lectura de la prueba documental.
1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:
a) Las actas conteniendo la prueba anticipada;
b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;
c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;

LEGALES EDICIONES

Al culminar la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden, empezando por las recurrentes, de conformidad en lo pertinente con el numeral 1) de artículo 386. El imputado tendrá derecho a la última palabra. Rige lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 386[34].

3. Sentencia de segunda instancia

Señala el artículo 425 que rige para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia lo dispuesto, en lo pertinente, en el artículo 393:

1. *El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes o aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.*
2. *El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlos individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.*
3. *La deliberación y votación se referirá a las siguientes cuestiones:*
   a) Las relativas a toda cuestión incidental que se haya diferido para este momento;

d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y,

e) Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

2. No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de esta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor.
3. La oralización incluye, además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.

34 Artículo 386 Desarrollo de la discusión final.-
1. Concluido el examen del acusado, la discusión final se desarrollará en el siguiente orden:
a) Exposición oral del Fiscal;
b) Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil;
c) Alegatos del abogado defensor del acusado;
d) Autodefensa del acusado.
(...)
5. Culminada la autodefensa del acusado, el Juez Penal declarará cerrado el debate.

b) Las relativas a la existencia del hecho y sus circunstancias;
c) Las relativas a la responsabilidad del acusado, las circunstancias modificatorias de la misma y su grado de participación en el hecho;
d) La calificación legal del hecho cometido;
e) La individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella;
f) La reparación civil y consecuencias accesorias; y,
g) Cuando corresponda, lo relativo a las costas

Es decir, emite una valoración de la prueba coherente y exhaustiva para emitir una sentencia. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de 10 días. Para obtener la resolución se requiere únicamente mayoría de votos.

La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada.

La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. Esto ha sido ratificado por la sentencia casatoria 05-2007 que señaló:

"Es exacto que con arreglo a los principios 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".

Sin embargo, en la misma sentencia, la Corte Suprema estableció excepciones a esta regla al señalar:

"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

LEGALES EDICIONES

fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconmovible, 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".

En el artículo 409 se determina el ámbito del recurso de apelación, así el Tribunal está facultado para:

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

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

Como reglas de la dación de esta resolución que causa estado se tiene que la sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública, notificándose a las partes la fecha de la audiencia. No es necesario que todas las partes asistan ni tampoco es posible aplazarla bajo ninguna circunstancia.

Contra la sentencia de segunda instancia solo procede el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para su admisión.

VII. LA CONDENA DEL ABSUELTO

Como hemos visto, el artículo 425.3.b del NCPP establece la posibilidad de condenar a una persona, una vez que esta ha sido absuelta por un órgano jurisdiccional de primera instancia, en virtud de un recurso de apelación requerido por el Ministerio Público.

Para ello debemos de analizar el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues el recurso, definido como un

derecho fundamental, tiene una relación directa con este artículo. Además, se ha debatido en nuestro medio que siendo un derecho del imputado el recurso contra la condena es necesario declarar la inconstitucionalidad de esta norma. En sentido contrario, otra interpretación dirá que no se afecta ningún derecho, pues esta norma debe de ser entendida en su aspecto histórico.

Sin perjuicio de ello, analizaremos la causa real de estas inconsistencias en el sistema procesal penal, así veremos el papel de la inmediación en este problema y la naturaleza del recurso de apelación.

1. Interpretación eurocontinental del artículo 14. 5.

El artículo 14. 5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por aplicación de la cuarta disposición transitoria y complementaria es parte de nuestro ordenamiento jurídico y señala que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley"[35], la interpretación de esta norma ha sido un punto fundamental a la hora de establecer los alcances del recurso de apelación, pues hay dos interpretaciones respecto al alcance de esta norma.

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

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

35 En el mismo sentido el Protocolo N° 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, serán regulados por la ley.

LEGALES EDICIONES

Por ello, MONTERO AROCA[36] señala que "a la hora de interpretar el derecho al recurso que contiene el artículo 14.5 del pacto de 1966, no debe olvidarse que el sistema procesal penal anglosajón y en especial el de los Estados Unidos, se configura partiendo de la base de la intervención del jurado y que, después del veredicto de éste, si es absolutorio el fiscal no dispone de recurso, y si es condenatorio la persona condenada tiene derecho a que un tribunal superior, compuesto solo por jueces profesionales, controle si en el proceso se han observado todas las garantías de lo que viene denominándose 'proceso debido' y, en su caso, anule el proceso, el cual debe repetirse ante un nuevo jurado. El tribunal superior técnico no conoce de una segunda instancia, en el sentido que esta institución tiene en los países del sistema jurídico europeo continental, sino de un recurso que tiende a determinar si en el proceso ante el jurado se han respetado las garantías procesales del acusado; si el recurso es estimado se produce la anulación de la condena, pero el tribunal superior no realiza un verdadero juicio sobre el fondo, sino que este se debe realizar ante un nuevo jurado, si es que el fiscal mantiene la acusación".

Por ello, los autores que propugnan esta interpretación señalan que el NCPP, cuando en su artículo 404.2 dice "El derecho de impugnación corresponde solo a quien la ley se lo confiere expresamente. Si la ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos", deja abierta la posibilidad que el representante del Ministerio Público pueda recurrir una sentencia absolutoria o aquella que le cause agravio.

En ese sentido, la referencia expresa de esta norma internacional al condenado no excluye que los acusadores puedan recurrir una decisión absolutoria si no la considerasen ajustada a derecho; o a una condenatoria por estimarse insuficiente la condena, en aplicación del esencial principio de igualdad de las partes que excluye cualquier tipo de trato procesal discriminatorio[37]. Adicionan que la razón de esta confusión se debe a que si bien los tratados internacionales sobre derechos humanos son base de interpretación de la normativa interna, esto no quiere decir que derogue normas que no van en contra de estas normas internacionales, el hecho que el Ministerio Público tenga la facultad de recurrir no quiere

36 MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad: ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Civitas, Pamplona, 2008, pp. 474 y 475.

37 MONTERO AROCA, Juan, et. al. *Derecho jurisdiccional: proceso penal* T. III. Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 370.

LEGALES EDICIONES

decir que el acusado pierda esta facultad, la interpretación que solo el acusado tiene la facultad de recurrir es extrema y causa desprotección a la víctima y a la sociedad.

Desde el plano jurisprudencial tenemos que esta opción ha tenido reconocimiento en la sentencia recaída en el expediente 2008-01403-87-1308-JR-PE-1 emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura que señala[38]:

"De lo actuado, no se aprecia en absoluto que la versión de la menor no sea uniforme, no sea creíble, no sea congruente y en especial que no exista una imputación formulada desde un inicio contra el acusado; siendo así y que estando a que una de las facultades señaladas en el artículo 419

38 Se explica más en el fundamento noveno: Que, siendo así y en atención a que existen plenos jurisdiccionales en el cual se señala que en esta clase de delitos cuando la verificación o la afirmación de la menor es continua, persistente, uniforme y permanente en el tiempo y que la misma no ha sufrido ninguna enmendadura, siendo así se deberá tener por ciertas las aseveraciones vertidas por la víctima, mas aún cuando se trata de una criatura que no se ha demostrado que tenga habilidades para exagerar o ser manipulada o tratarse de una mitómana; sin embargo el ad-quo la valora afirmando que la misma adolece de coherencia y solidez; sin embargo no ha tenido en cuenta de que existe una Pericia Psicológica y cuyo perito fueron examinados por ellos mismos, donde les hacen ver el trauma que padece la menor; aunado a que al momento de oralizarse el acta de la inspección fiscal, y del registro domiciliario (donde se encontró la piñata) la misma que constituye una prueba indiciaria, no han sido valorados en su debida extensión de manera conjunta, quedando en mera circunstancia referencial de que si el hecho de haberse encontrado una piñata se pueda relacionar a la presencia de globos ya que no se ha acreditado que días antes de la inspección fiscal en dicha vivienda se haya producido una fiesta infantil en su interior; sin embargo la existencia de dichos globos como ya se ha esbozado lo ha repetido no solo en la audiencia sino también ante la psicóloga, por lo que esto queda como un indicio que corroborado con el relato uniforme de la menor; con la acusación persistente de la misma; al acreditarse que la menor presenta trauma psicológico evidente ante la presencia de su agresor; que ante la recreación de la forma como la menor narró los hechos en su agravio en la Inspección Fiscal, aunado a que no se ha acreditado que de parte de la familia de la menor la existencia de algún grado de enemistad suficiente para una acusación tan grave que no viene de la madre sino de la propia menor afectada; mas aún cuando el acusado presuntamente habría sufragado los gastos de los daños ocasionados a la propiedad de la familia de la víctima, y siendo que aunque esta persona tuvo la oportunidad de defenderse tanto en los juicios de primera instancia como en la audiencia de apelación, en lugar de esclarecer la forma y explique del porque la familia le tendría un odio gratuito a su persona; o explique del por que de la presencia de la piñata colgado dentro de su vivienda; decidió guardar silencio; siendo así se tiene que la presunción de inocencia se ha quebrado en este caso particular por el sinnúmero de pruebas y el único indicio ya señalados líneas arriba que nos llevan a la convicción de la responsabilidad penal del acusado Canchari Melgar.

LEGALES EDICIONES

inciso 2 del CPP; es que: 'El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada, sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este y último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictarse sentencias condenatorias'... Por estas consideraciones, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, por MAYORÍA, RESUELVE: REVOCAR en todos sus extremos la sentencia de fecha 14 de julio del 2009; donde se le ABSUELVE de la acusación fiscal al imputado del cargo de Actos, contra el pudor en agravio de la menor de iniciales E.C.L.C; REFORMANDOLA se CONDENA por el delito contra la Libertad Sexual –modalidad de Actos contra el pudor– en agravio de la menor de iniciales E.C.L.C a la PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD de SIETE AÑOS, fijándose por concepto de reparación civil la suma de DOS MIL NUEVOS SOLES" (subrayado nuestro).

2. Interpretación acusatoria inclinada al *common law* del artículo 14. 5.

La segunda interpretación respecto a este artículo tiene que ver con autores argentinos que tienen una forma particular de analizarlo, así como algunos autores peruanos que han adoptado esta interpretación para decir que no se puede condenar al absuelto.

Una primera precisión que se establece en esta forma de interpretación es que el Pacto ha determinado que todo condenado deberá tener un recurso contra esa condena, por lo que, si la persona es absuelta y luego en una segunda instancia condenada, en virtud del Pacto, deberá el Estado proveerle una instancia más que pueda revisar esta condena.

Bajo este razonamiento se señala que al no existir, en nuestro NCPP, una instancia superior que revise esta condena del absuelto se afecta la pluralidad de instancias, pues las legislaciones tributarias de este pacto exigen que toda persona condenada tiene el derecho que su condena sea revisada por una instancia superior.

En ese sentido, señala Oré Guardia[39], que parte del contenido del artículo 425. 3, literal b, le niega al procesado la interposición de un recurso ordinario que habilite la revisión de la que es en realidad, la primera condena, por lo que esto resulta un procedimiento inconstitucional y, por ende, contrario a la orientación acusatorio garantista del nuevo modelo.

MAIER, además, señala que esta garantía procesal (...) debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena contra una

39 ORÉ GUARDIA, Arsenio. "Opinión para el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema: La Condena del Absuelto". En: *Materiales del VI Pleno Jurisdiccional*, p. 103.

persona, se necesite una *doble conformidad judicial*, si el condenado la requiere[40]. Esto trae como consecuencia que: primero, solo serían recurribles las sentencias penales condenatorias; y, segundo, que tal derecho solo le corresponda al condenado[41]. La concepción del recurso del imputado contra la condena como una de las garantías procesales en su persecución penal, según lo proponen las convenciones internacionales sobre derechos humanos, es incompatible con la concesión al acusador de un recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio –sistema "bilateral" de recursos–, precisamente porque implica la renovación de la persecución penal fracasada, esto es, en estricto sentido, someter al imputado –absuelto o condenado a una consecuencia jurídica menor a la pretendida– a un nuevo (doble) riesgo en relación a la aplicación de la ley penal. Debido a ello, el recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio representa un bis in ídem y nuestra legislación, que lo autoriza, lesiona al principio del Estado de Derecho que prohíbe la persecución penal múltiple.

Así también se ha pronunciado JAUCHEN[42], quien señala que en el proceso penal la garantía del derecho al recurso está exclusivamente reservada para el imputado contra quien se ha dictado una sentencia condenatoria o bien, a pesar de ser absuelto, se lo ha obligado a cumplir con una medida de seguridad o corrección. Desde la vigencia de tales convenciones internacionales se produjo un cambio relevante en relación al anterior principio de bilateralidad en las facultades recursivas del enjuiciamiento penal.

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

Sin embargo, el recurso de apelación no posee los mismos límites del recurso de casación, así, relatando la experiencia española, señala DOIG DÍAZ[43],

40 MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 714.

41 NEYRA FLORES, Jose Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Ob. cit., pp. 368 y 369.

42 JAUCHEN, Eduardo. *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 451.

43 DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de Recursos en el Proceso Penal Peruano: Hacia la Generalización de la Doble Instancia y la Instauración de la Casación". Ob. cit., p. 195.

que el Estado español (ante una demanda por sus sistemas de recursos ante el Comité de Derechos Humanos, órgano que da las líneas de interpretación del PIDCyP), alegó que la casación, como único recurso en los casos de delitos graves, constituía prácticamente una segunda instancia; sin embargo, el Comité entendió de la información y los documentos presentados por el Estado Parte que no quedaba desvirtuada la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluyó que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, limitando dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumplía con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por lo que la casación es inútil para estos efectos, lo que se requiere es un recurso de apelación.

Asimismo, se refiere que no puede existir un recurso para el Ministerio Público en base a la igualdad de armas, por que el fiscal y el imputado no son iguales, pues el Ministerio Público es parte del Estado y tiene a su disposición todo su poder persecutorio y el imputado no, por ello, no debería darse la facultad de impugnar al fiscal, pues con todo su poder ya tuvo la oportunidad de perseguir al procesado y no logró condenarlo, entonces, no debe de perseguírsele otra vez.

Así, MAIER[44], señala, desde una posición particular, que el principio *ne bis in idem*, correctamente interpretado, debería conducir, por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia: realice una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, pues esto somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y eventualmente, a un nuevo juicio, habiendo ya una decisión sobre este punto.

Jurisprudencialmente tenemos que la sentencia recaída en el Expediente: 2008-12172-15 emitido por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa adoptó un criterio similar señalando:

"el tener que condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una reformatio in peius que sería legal si existiera un tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación, como lo señala el derecho constitucional nacional y el fundamental de los derechos humanos (Artículo 10

44 MAIER, Julio B. Ob. cit., p. 716.

y 11 DUDH; Artículo 4, 14 y 15 PIDC, Artículo 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos). No resulta suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta del recurso de apelación. Esa ausencia de un tribunal supremo para conocer de estas impugnaciones (independientemente de la dimensión de la sanción impuesta), coloca al que resultara recientemente condenado en la desventaja de no contar con un juicio de apelación (con actuación probatoria) sino solo de un recurso de casación (opción importante, pero desigual en relación a aquel que condenado en primera instancia, se defiende la condena en la segunda y si fuera ratificada su condena en el juicio de apelación, tendría –si la dimensión de la sanción lo permite– derecho a ejercitar un recurso casatorio).En síntesis sobre la materia concreta, aquel a quien se le aplica la reforma peyorativa resulta: a) condenado en instancia única (la segunda), dado que precedentemente fue absuelto, b) sin posibilidad de un juicio oral, público y contradictorio de revisión de la condena, y c) con la única posibilidad –además tasada– de ejercer un recurso de casación (que no es un juicio de mérito)... Ello no concuerda con el derecho fundamental, en especial el de todo condenado a contar con una instancia diferente y superior para la revisión –dentro de los marcos de la ley local... El legislador del D. Leg. 957 ha dado un paso importante al expulsar la posibilidad de la reforma peyorativa sin juzgamiento que antaño se decidía en los estrados judiciales de revisión, dando lugar al debido ejercicio del derecho de defensa al absuelto, pero, ha omitido el considerar una instancia superior que bajo las mismas reglas para toda impugnación de sentencia de condena, asuma la revisión (para honrar el derecho a la instancia judicial plural), con lo que coloca al tribunal superior en la imposibilidad de adoptar una decisión de tal orden y deja solo la opción de la anulación... la nulidad de lo actuado en sede de juzgamiento, resulta la única salida procesal para no generar una responsabilidad estatal que podría tener relevancia para la justicia internacional de los derechos humanos, por violación al debido proceso y a las garantías básicas del procesado... por lo que FALLAMOS: 1. DECLARANDO INAPLICABLE A ESTE CASO EN CONCRETO, parte del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), esto es, únicamente en cuanto señala que 'si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar ; ello en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión, POR COLISIÓN CON EL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL (revisión por otro Órgano Superior) QUE CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN (artículo 139.6) Y LAS NORMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (Artículo 10 y 11 DUDH; Artículo 4, 14 y 15 PIDC, Artículo 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos). 2. MANDANDO se eleve en consulta

esta decisión de control constitucional y fundamental difuso a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, formándose cuaderno de copias certificadas, con arreglo a ley; dando cuenta en caso de concederse recurso extraordinario de casación a las instancias supremas correspondientes. 3. DECLARANDO FUNDADA la nulidad de la sentencia impugnada (folios 23 a 27) que absolvió al acusado por el delito contra la libertad sexual, previsto en el artículo 173.3 y el último párrafo del mismo artículo del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales CVHQ, como lo propuso la Fiscalía Superior en lo Penal en la audiencia de apelación, y nulo el juzgamiento de primera instancia que le dio origen. 4. DISPONIENDO que el juicio oral se renueve por el Juzgado Colegiado llamado por ley, no pudiendo intervenir en su composición los señores Jueces que participaron del juicio y dictaron la sentencia apelada. 5. DEJANDO SENTADO que los componentes de este Colegiado Superior no conocerán de los pormenores o de la apelación de la nueva sentencia que pudiera pronunciarse como fruto de la renovación del juzgamiento oral. 6. EXIMIENDO del pago de costas de esta instancia a la parte apelante" (subrayado nuestro).

3. Nuestra postura

En el plano nacional, como dijimos, el derecho al recurso no se encuentra expresamente estipulado como un derecho fundamental reconocido en el artículo 2 de la norma fundamental, pero sí esta reconocido en el artículo 139 titulado "Principios de la Administración de Justicia" donde en su inciso 6 señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional: "La pluralidad de la instancia".

Este reconocimiento a la pluralidad de instancias es el anclaje constitucional de este derecho a recurrir, pues se entiende que la pluralidad de instancias se aplica a través del derecho al recurso.

Como las normas constitucionales son normas de desarrollo, el NCPP en su artículo I del Título Preliminar, apartado 4 señala que las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la ley. Lo que da por sentado la vigencia plena del derecho al recurso en sede del proceso penal ante cualquier resolución que pueda causar agravio, no solo de la sentencia. Pero en su segunda parte señala, el citado artículo, que las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación.

Sin embargo, este reconocimiento a nivel constitucional no señala expresamente que todo absuelto no pueda ser condenado, ni tampoco se infiere de ello, más aún cuando esta norma no solo se dirige al ámbito

penal, sino a todas las demás ramas en las cuales debe de existir un doble grado de jurisdicción.

Así, refiere PROAÑO CUEVA[45], que lo que nuestra Constitución consagra no es el principio de doble instancia, sino el principio de doble grado de jurisdicción, entendido en que todo juicio, salvo exceptuados por la ley debe pasar sucesivamente por el conocimiento pleno de dos tribunales.

En ese sentido, señala la Consulta 2491-2010-Arequipa, del catorce de setiembre de dos mil diez, emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema que *"la condena del absuelto no afecta la garantía de la doble instancia, pues esta garantía, señala la Corte Suprema, se satisface con la posibilidad en condiciones de igualdad de dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos de modo que el segundo debe prevalecer sobre el segundo"*.

Sin embargo, debemos de acotar que esto también debe de ser concordado con el artículo 14.5 del PIDCyP (y no quedarse en el examen sesgado que se hace), el cual debe de ser analizado en base a criterios objetivos. Así, cuando los doctrinarios eurocontinentales establecen el origen de esta norma no establecen un criterio que pueda ser usado legislativa o jurisprudencialmente, pues es sabido que la interpretación histórica es una interpretación que busca argumentar para fundamentar teorías o para recabar el sentido de alguna institución desde el campo teórico, mas no así para aplicar normas, pues la interpretación histórica no sirve para esto, sino la sistemática, la lógica y otras.

Así, al analizar esta norma, se debe de tener en cuenta su finalidad, la cual es la protección del hombre, de lo que se desprende que esta no se refiere al Ministerio Público, en el sentido de excluir su facultad de impugnación, lo que garantiza es que tiene que haber un recurso que garantice la revisión del fallo. Partiendo de una premisa básica: tiene que haber un recurso a favor del condenado.

Por ello, no es correcto cuando la Corte Suprema en la consulta ya citada señala que con la condena del absuelto la acusación puede ser discutida tanto en la primera instancia como en la apelación. En ese

45 PROAÑO CUEVA, Cesar Augusto. "Doble instancia, *reformatio in peius* y otros conceptos mal entendidos: a propósito de la condena del absuelto". En: *Materiales del VI Pleno Jurisdiccional*, p. 111.

mismo sentido, señala la referida consulta, que *"esta garantía (doble instancia) reconoce condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el ad quem solo pueda absolver al condenado cuando este cuestione la condena, pero no pueda condenar al absuelto cuando al parte acusadora cuestiones, precisamente con su recurso, tal absolución, así tenemos en cuenta la exigencia del principio de igualad"*.

Esto desde un punto de vista formal puede ser correcto. Toda vez que hay dos partes y ambas merecen los mismos derechos, sin embargo, el acusado siempre tiene más derechos que otro sujeto procesal y no por eso se rompe la igualdad. Es claro que la Sala que ha emitido esta resolución no conoce el derecho penal y procesal penal (es una sala social y constitucional integrada por jueces civiles y previsionales), pues no puede decir libremente que el Ministerio Público e imputado estén en igualdad de condiciones, sino que el primero es una institución estatal que goza de derechos, recursos que nadie más goza en el proceso penal, así este referido principio de igualdad no es tal, pues no se puede tratar igual a los desiguales, eso crea más desigualdad.

A pesar de ello, el problema se puede ver desde otra óptica: la viabilidad del recurso de apelación para satisfacer el artículo 14.5 del Pacto, pues se ha interpretado que para asegurar una revisión de la condena del absuelto es necesario instaurar un tercer medio de impugnación que lo conocería, de repente, la Corte Suprema siguiendo el proceso para altos funcionarios, como señaló el profesor Jorge Luis Salas Arenas en la audiencia pública del VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema.

Otros abogan por su inconstitucionalidad, toda vez que señalan que existe una afectación al artículo 14.5 del Pacto, lo cual como vimos no es necesariamente cierto, sin embargo, lo que no se puede negar es que el Ministerio Público es un ente de persecución que tiene a su favor todo el aparato estatal y por el principio de igualdad no debe de dársele las mismas facultades que al imputado, pero esto es una análisis más allá del Pacto de política criminal.

En otro trabajo[46] hemos señalado que el sistema de recursos debe de ser configurado de una manera coherente con el sistema acusatorio y

46 SÁNCHEZ CORDOVA, Juan Humberto. "El papel de la inmediación en la configuración del recurso de casación penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 2. Agosto de 2009, pp. 295 *in fine*.

los valores democráticos que protege. En ese sentido, un sistema acusatorio como el nuestro debe de respetar la inmediación[47], pues en ella se da la contradicción y la oralidad, que ayudan a que se obtenga la mejor información posible para que el juez emita una decisión, por ello, el recurso de apelación configurado como tal (que puede examinar los hechos, así no haya habido inmediación) no puede tener mayor sustento, solo es posible un recurso como el de nulidad chileno que respete la inmediación de primera instancia, pues el hecho que se actúe prueba nueva en segunda instancia no quiere decir que se cumpla con la finalidad de la inmediación, ya que ella implica la continuidad y contradicción de todo el debate probatorio y no de una parte de ella.

Por ello, el recurso para las sentencias definitivas, por excelencia, debería ser uno como el recurso de nulidad de Chile, recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva, ante el tribunal que la dictó, con el objeto que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por el Estado que se encuentran vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo[48]. Solo, de este modo, se puede proteger la inmediación y una correcta comprensión y debate en sede recursiva.

Es claro que los problemas acerca de este punto se deben a la mala regulación de los recursos, así, en un sistema de nulidades, el absuelto no tiene por qué ser condenado en un segunda instancia, como se ve en alguna jurisprudencia que causa afectación a la inmediación. Es por

47 Según la exposición de motivos del Código de Procedimientos Penales, la Sala Penal de la Corte Suprema de la República que conoce de un recurso de nulidad presentado contra la absolución del acusado, no podrá pronunciar sentencia condenatoria debido a que carece de inmediación; así, para la doctrina que subyace al viejo código "la condenación solo es posible alrededor y el influjo del acusado, mediante la defensa y disponiendo de los demás elementos constructivos de los que se carece en la vista de la causa por la Corte Suprema". VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. "¿Condena en segunda instancia? A propósito del principio de inmediación. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 178, setiembre de 2008, pp. 139 y ss.

48 HORVITZ LENNON María Inés y LÓPEZ MASLE Julián. *Derecho procesal penal*. T. II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, pp. 402 y 403.

LEGALES EDICIONES

ello que la mejor solución es, en caso de que el tribunal *ad quem* vea que no está arreglada a derecho la absolución del imputado, disponer la nulidad del proceso como se hacía en el anterior sistema[49].

Pues como señala Velásquez[50] en un sistema de apelación donde esta se concibe como medio que permite la revisión de lo resuelto a efectos de corregir los errores producto de la falibilidad humana, la actuación de pruebas en segunda instancia resulta absolutamente contradictoria, dado que con relación a ella se producirá una primera valoración, que a su vez exigiría una revisión, pero que en todo caso ya no sería posible porque se está en segunda instancia.

VIII. CONCLUSIONES

1. El recurso de apelación es uno ordinario, devolutivo que favorece el derecho al recurso de todo ciudadano que se rige por los criterios de competencia, admisibilidad y procedibilidad del mismo.
2. La apelación de autos ha sido materia de análisis estableciéndose que si la persona del recurrente no acude a la audiencia de apelación se entenderá que se ha desistido de este recurso, esto es así en atención a los principios en los cuales se basa el NCPP y por razones de política criminal.
3. El recurso de apelación contra sentencias tiene como novedad la admisión de la actuación de pruebas en segunda instancia, la misma que está condicionada a ciertas reglas.
4. A la audiencia tiene que ir el procesado para que esta cumpla sus fines, sin embargo, si esto puede afectar sus derechos su presencia no será necesaria.
5. Una de las posibilidades de la sentencia en segunda instancia es el condenar a la persona que ha sido absuelta, se ha podido determinar que esta opción no es la más adecuada, situación causada por una mala regulación del NCPP, pues afecta la inmediación, por ello, como solución provisional se propone que no se condene en segunda instancia, sino que se declare la nulidad de la sentencia.

49 Mixan Mass, expresa que en el fondo de la prohibición de condenar al que fue absuelto anteriormente subyace el temor de que la Corte Suprema incurra en un grave error de apreciación que ponga en peligro la inocencia de muchos procesados, pues, los supremos no han visto ni han oído al procesado, no han visto las incidencias, el cúmulo de impresiones habidas en el juicio oral; y condenando en forma fría, solo en mérito de los actuados, a quien fue absuelto, podrían cometer en muchos casos verdaderas injusticias. MIXAN MASS, Florencio. *Juicio oral*. Marsol. Trujillo, 1994. pp. 561 y 562. (cit) VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. Ob. cit., p. 141.

50 Ibidem, p. 140.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BURGOS MARIÑOS, Victor. "Las nuevas y buenas prácticas en el proceso de implementación del NCPP y la contrarreforma". (en línea) http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-busqueda&secID=1&search=burgos&catID=0&button=Buscar

CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de derecho procesal penal*. T. V. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966.

DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho procesal penal: parte general*. Segundo tomo, Imprenta editorial Pérez Pacussich, Lima, (S.A.).

DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de recursos en el proceso penal peruano: hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". En: *Anuario de Derecho Penal:la reforma del proceso penal peruano*, Lima, 2004.

HORVITZ LENNON María Inés y LÓPEZ MASLE Julián. *Derecho procesal penal*. T. II. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

JAÉN VALLEJO, Manuel. "Los Principios de la Prueba en el Proceso Penal Español", (en línea) http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artjae1.htm

JAUCHEN, Eduardo. *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

JERÍ CISNEROS, Julián Genaro y ZORRILLA ALIAGA, Dick Stens. "La impugnación: los recursos, el recurso de reposición y el recurso de apelación. Artículos 413 a 146 del código procesal penal". En: AA.VV. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara, editores, 2009

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

MONCADA CASAFRANCA Vanessa Ivonne. "Inadmisibilidad del recurso por inasistencia de la parte recurrente a la audiencia de apelación de auto". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. T. 9, Marzo de 2010.

Alonso PEÑA CABRERA FREYRE

El nuevo proceso penal peruano

2



GACETA JURIDICA

GACETA JURIDICA

EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO

PRIMERA EDICIÓN
ENERO 2009
6,350 Ejemplares

© Alonso Peña Cabrera Freyre
© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2009-00804

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

ISBN: 978-603-4038-17-2

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501220900038

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Isidro Retamozo Marca

GACETA JURÍDICA S.A.
Angamos Oeste 526 - Miraflores
Lima 18 - Perú
Central Telefónica: (01) 710-8900
Fax: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

PRESENTACIÓN

El Código Procesal Penal del 2004 (CPP del 2004) fue promulgado a través del Decreto Legislativo Nº 957, el 29 de julio de ese año, y aplicado territorialmente de modo progresivo, encontrándose vigente en los Distritos Judiciales de Huaura, La Libertad, Moquegua, Tacna y Arequipa.

Pese a esa progresiva introducción, la dación del CPP del 2004 constituye un verdadero punto de quiebre en la orientación de nuestro sistema procesal, pues abandona los rasgos inquisitivos del esquema vigente, reemplazándolos, en consonancia con la tendencia de la reforma procesal de la región, por un sistema procesal acusatorio con tendencia adversarial.

En efecto, la crítica que con mayor intensidad se había efectuado al esquema procesal representado por el Código de Procedimientos Penales de 1940 (C de PP de 1940) y la dispersa normativa procesal producida por la aparatosa e improvisada actividad legislativa, era el excesivo apego a la escrituralidad, al secretismo y a una infortunada confusión de roles que, en su manifestación más evidente, llegó a diluir las diferencias entre investigador y juzgador en la etapa de instrucción del denominado proceso "sumario", en la que una misma persona investiga y decide.

Frente a ello, el CPP del 2004 prioriza la oralidad, delimita con mejor criterio el ámbito de actuación de los sujetos procesales y, además, introduce y rediseña instituciones y mecanismos procesales que viabilizan y permiten concretar con mejor suerte los principios procesales, lo que permitirá alcanzar un sistema de justicia más célere y armónico con las exigencias constitucionales.

En ese sentido, el CPP del 2004, en concordancia con lo dispuesto por la Constitución Política (artículo 159.4), reserva la conducción de la etapa de investigación al fiscal y establece mecanismos de control para que un órgano jurisdiccional (Juez de la Investigación Preparatoria) sea quien cautele los derechos del

relato fáctico, es decir, los hechos resultan inmutables para el tribunal decisorio y, segundo solo puede comprender a aquellas personas (imputadas), que fueron objeto de denuncia por el fiscal, según lo previsto en el artículo 336 del CPP del 2004 y, a su vez, estuvieron mencionados como acusados en el requerimiento fiscal, según lo establecido en el artículo 349 del CPP del 2004; esto quiere decir que resulta prohibido condenar a persona que no tenía la calidad de imputado y luego de acusado, según la garantía del debido proceso penal, según las máximas de defensa y contradicción.

En todo caso, si se advierte de los debates, que otra persona –distinta de los acusados–, se encuentra comprometida en los hechos punibles objeto de juzgamiento, el órgano jurisdiccional deberá poner en conocimiento de ello a la fiscalía competente, para que en uso de sus facultades legales ejercite la acción penal, si así corresponde. De igual modo habrá de acontecer cuando de los debates aparece un nuevo relato fáctico que da lugar a una tipificación penal distinta a la comprendida en la acusación, que tiene como autores y/o partícipes a los acusados, que siendo conexo o no con los materia de condena, deben pasar por el mismo filtro, que pasen a conocimiento del fiscal competente, siempre y cuando sean perseguibles por acción penal pública; puede tratarse de un concurso real de delitos, inclusive de un delito continuado. Ahora bien, lo dicho debe ser concatenado con la previsión legal contenida en el artículo 374.2 del CPP del 2004, que confiere al fiscal la posibilidad de introducir un escrito de acusación complementario, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. Por tales motivos, ha de entenderse que lo establecido en el artículo 374.2 del CPP del 2004 solo puede tomar lugar en el desarrollo mismo de los debates, mas lo estipulado en el artículo 400.1 del CPP del 2004, debe ser de aplicación cuando el tribunal, sin que le dé previo aviso el fiscal en la etapa deliberativa de la sentencia toma conocimiento de ese nuevo hecho. El tema del delito continuado tiene importancia en orden a la fijación de los plazos de prescripción; póngase en el caso de que la absolución se basó precisamente en ello, habría que distinguirse claramente que se trata de nuevos hechos, para que no se vea afectado el principio del non bis in ídem material.

Por otro lado, es de verse el caso del testigo que profirió una declaración abiertamente falsa, contraria a la verdad de lo acontecido, ajustando su conducta al tipo penal comprendido en el artículo 409 del CP (perjurio), podrá ser denunciado, por tanto, procesado, mientras ello no se ordene en la

sentencia que de ser dictada en el proceso común y, siempre que esta haya adquirido la calidad de firme y/o consentida. En efecto, mientras no se haya emitido un pronunciamiento jurisdiccional firme sobre los hechos materia de juzgamiento, luego de haberse agotado las instancias correspondientes, no se puede saber con rayana seguridad si es que el testigo proporcionó una información que no se condice con aquello que ha quedado en evidencia en el juicio, que de forma incontrovertible ha de apreciarse el perjurio incurrido por el testigo. A ello, debe agregarse que su denuncia no puede operar de forma automática, pues debe acreditarse que aquel sabía que la información que estaba vertiendo era en realidad falsa, si este actuó de forma temeraria, imprudente o dígase negligente daría lugar a un comportamiento a título de culpa, que según lo expuesto en el artículo 409 del CP, no resulta punible. Lo que no llegamos a entender son las razones por las cuales el perito y el intérprete no han sido incluidos en esta previsión legal, bajo el entendido que ambos son susceptibles también de cometer el delito de perjurio.

El artículo 400 del CPP del 2004 establece al respecto lo siguiente:

1. Si de las pruebas actuadas resultara que un testigo ha declarado falsamente o se infiere responsabilidad penal de cualquier otra persona no comprendida en el proceso o se descubre otro hecho delictuoso similar, distinto o conexo con el que es materia del juzgamiento y es perseguible por ejercicio público de la acción penal, la sentencia dispondrá que estos hechos se pongan en conocimiento de la fiscalía competente para los fines legales que correspondan, a la que se enviará copia certificado de lo actuado.

2. El testigo a quien se atribuya declaración falsa sobre el caso materia de juzgamiento no será procesado por ese delito mientras no se ordene en la sentencia que se expida en ese procedimiento y quede firme.

7. Recurso de apelación

Una vez pronunciada la sentencia que dirime el conflicto ha de verse si las partes, al estar o no conformes, hagan uso de su derecho de acudir a una instancia funcional superior a fin de que la resolución de alzada sea revisada tanto en la forma como en el fondo. Garantía esencial de todo debido proceso que aspira alcanzar a un máximo de certeza, así como el control nomofiláctico de las normas sustantivas y procesales por parte de los tribunales superiores, con arreglo al principio de legalidad material.

Facultad impugnativa que no solo corresponde al imputado, sino a todos los sujetos procesales, v. gr., al fiscal, al actor civil y al tercero civil responsable, conforme al principio de igualdad de armas, desde una concepción lata de lo que debemos entender por "tutela jurisdiccional efectiva". Debido proceso que se cumple a cabalidad cuando se reconoce el recurso de apelación, pues como bien se ha explicitado, en el marco del estudio del Libro Cuarto, los recursos extraordinarios de casación así como la acción de revisión, parten de otros fundamentos.

Entonces, ni bien se da a conocer los alcances y consecuencias jurídicas de la resolución final (sentencia), las partes tienen ya el camino expedito para impugnarla si es que les causa agravio, sin mayor formalidad que su aceptación cuando el juzgador así se lo pregunte; de todos modos el recurso debe estar debidamente fundamentado, tal como se desprende del inciso c) del artículo 405 del CPP del 2004[469]. En el caso de los recursos interpuestos oralmente contra las sentencias deberán ser formalizadas por escrito en el plazo de cinco días, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 405 del CPP del 2004.

El artículo 401 del CPP del 2004 regula el recurso de apelación en los siguientes términos:

1. Al concluir la lectura de la sentencia, el juzgador preguntará a quien corresponda si interpone recurso de apelación. No es necesario que en ese acto fundamente el recurso. También puede reservarse la decisión de impugnación.

2. Para los acusados no concurrentes a la audiencia, el plazo empieza a correr desde el día siguiente de la notificación en su domicilio procesal.

3. Rige en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 405.

8. Ejecución provisional

La sentencia que adquiere la calidad de "cosa juzgada" tiene por efecto lógico y natural que sus consecuencias jurídicas sean susceptibles de ser ejecutadas, sobre los bienes jurídicos de las partes en contienda, es un devenir

(469) Vide al respecto, Libro Cuarto. La impugnación (preceptos generales). *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, pp. 835-844.

importante, en orden de cautelar los derechos subjetivos que se someten al amparo jurisdiccional. No obstante, que la sentencia fuese impugnada por alguna de las partes, sus extremos resolutivos pueden ser ejecutados, siempre y cuando la impugnación haya sido concedida "sin efectos suspensivos", solo de esta forma resulta válido que las consecuencias jurídicas de la recurrida puedan alcanzar concreción fáctica.

En el marco de un proceso penal, las consecuencias jurídicas, son evidentemente más sensibles a las que se proponen en el proceso civil, por la sencilla razón de que en el primero de los mencionados puede tomar lugar la privación de libertad de una persona, cuando la resolución de condena impone al acusado una pena de prisión efectiva, al habérsele encontrado culpable del injusto penal atribuido en el escrito de acusación. Este aspecto fundamental debe ser rigurosamente analizado, cuando la sentencia que impone efectiva es impugnada por una de las partes, sobre todo por la defensa, si es que la apelación debe concederse en dicho extremo con o sin efecto suspensivo, mas parece que la *lege lata*, se ha decantado por la segunda opción, conforme es de verse de la redacción normativa contenida en el artículo 402.1 del CPP del 2004, pues dice literalmente que el extremo penal se cumplirá provisionalmente, aunque se interponga recurso contra ella. Previsión legal que debe ser entendida de común idea con lo previsto en el artículo 412.1 del CPP del 2004, que refuerza la prescripción anotada en el articulado en cuestión. Empero, como se dijo en párrafos anteriores, la ley procesal concede la facultad al juzgador de alzada para que pueda decidir mediante auto inimpugnable que se suspenda la ejecución provisional de la sentencia, si las particularidades del caso así lo ameritan, conforme se desprende del artículo 418.2.

En la hipótesis de que la pena efectiva de privación de libertad recaiga sobre un acusado que fue sometido al proceso bajo el régimen de comparecencia, se dispone que el juzgador puede hacer uso de dos alternativas a saber: primero, de decidir por su ejecución inmediata, esto es, de ordenar el ingreso del penado a un establecimiento penitenciario y, segundo de imponer las restricciones que se hacen alusión en el artículo 288 del CPP del 2004 (*in fine*), que describe las variantes de "comparecencia", de tal suerte que el condenado no será privado de su libertad. De conformidad con lo anotado, la decisión por una u otra opción dependerá de las circunstancias personales del acusado, en el sentido del peligro que pueda acontecer si no se ejecuta su encarcelamiento, para lo cual deberá tomarse en cuenta la magnitud de la pena impuesta, así como los elementos de juicio, que de

14

BIBLIOTECA DE MEDIOS IMPUGNATORIOS

Estudios sobre los MEDIOS IMPUGNATORIOS en el proceso PENAL

Coordinador: Pedro Alva Monge

Juan Humberto Sánchez Cárdenas / Alonso R. Peña Cabrera Freyre / Luis Fernando Iberico Castañeda / Jorge Luis Gregorio De La Cruz Medina / Julián Genaro Jeri Cisneros / Daniel Ernesto Correa Salazar / Alcides Chinchay Castillo / Jorge A. Pérez López / Alex Rueda Berrero / Hesbert Benavente Chorres / Renato Aylas Ortiz / Saby Benavente Chorres / Fernando Vicente Núñez Pérez / Víctor Pastor Yaipén Zapata

GACETA JURIDICA
Av. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
☎ 01-719-9700 TELEFAX 01-241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

GACETA JURÍDICA

ESTUDIOS SOBRE
LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS
EN EL PROCESO PENAL

PRIMERA EDICIÓN
SETIEMBRE 2012
4,560 ejemplares

© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2012-11156

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-96-ED

ISBN: 978-612-4113-94-8

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221200959

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Henry Marquezado Negrini

GACETA JURÍDICA S.A.
Angamos Oeste 526 - Miraflores
Lima 18 - Perú
Central Telefónica: (01)710-8900
Fax: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

Autores
Luis Fernando Bautista Gallegos
Alfonso H. Peña Cabrera Freyre
Juan Humberto Sánchez Concha
Juliana Gerardi Jave Condorena
Daniel Ernesto Cerna Salazar
Jorge Luis Gregorio De La Cruz Mejía
Alcides Chinchay Castillo
Herbert Benavente Chorres
Renato Avilés Ortiz
Saby Benavente Chorres
Fernando Vicente Núñez Pérez
Jorge A. Pérez López
Alex Rueda Bobbio
Víctor Prieto Yapia Zapata

Coordinador
Pedro Ali Mendoza

Director
Manuel Alberto Torres Carhuayo

Presentación

De acuerdo al Calendario Oficial de aplicación progresiva del Código Procesal Penal de 2004 (CPP), modificado por el Decreto Supremo N° 004-2011-JUS, desde el primero de octubre de 2012, el presente código estará vigente en 23 de los 31 distritos judiciales ubicados en la República del Perú. Este proceso de implementación finalizará el primero de diciembre del próximo año, cuando el CPP entre en vigencia en los distritos judiciales de Lima, Callao, Lima Norte y Lima Sur.

Este dato de la realidad nos advierte la imperiosa necesidad de conocer las instituciones procesales que orientan el desarrollo del nuevo proceso penal peruano. En esa línea, la presente obra colectiva busca cubrir esa necesidad al hacer un análisis dogmático y jurisprudencial de alta calidad académica, que le permita al operador jurídico interpretar acertadamente el Libro Cuarto del CPP, referido a la impugnación penal.

La regulación de la impugnación constituye uno de los cambios sustanciales que nos muestra el CPP. No solo porque por primera vez en la legislación procesal penal se desarrolla un cuerpo legal orgánico y sistemático sobre este tema, sino porque se adicionan recursos al régimen impugnatorio, lo cual redunda de modo positivo en la tutela que merece el justiciable y en el respeto de la garantía constitucional a la pluralidad de instancias. De esta forma, se incorpora del ordenamiento procesal civil los recursos de reposición y casación, con las modulaciones propias que el Derecho Procesal Penal requiere; se da un tratamiento amplio del recurso de apelación –sustituyendo el mal llamado recurso de nulidad–, y se brinda un tratamiento coherente a los requisitos de procedencia del recurso de queja.

Debido a este nuevo tratamiento normativo de la impugnación penal, en la presente obra hemos invitado a reconocidos autores –conocedores

- NEYRA FLORES, José Antonio. "El recurso de casación penal: a propósito de la Sentencia Casatoria N° 01-2007". En: *Materiales de Lectura del Seminario de Derecho Procesal Penal I, Programa 2009-1*. Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima.
- NEYRA FLORES, José Antonio. "Manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal". En: ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Código Procesal Penal. Manuales operativos*. Academia de la Magistratura, Lima, 2007.
- NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El periodo intermedio del proceso penal*. McGraw- Hill, Madrid, 1997.
- PALACIO, Lino Enrique. *Los recursos en el proceso penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo. *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*. Temis, Bogotá, 2005.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II, Grijley, Lima, 2005.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. "La reforma procesal penal: evolución y perspectivas". En: HURTADO POZO, José (Director) y SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio (Coordinador). *Anuario de Derecho Penal. La reforma del proceso penal peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.
- SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. "La condena del absuelto en la Consulta N° 2491-2010-Arequipa". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 214, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre de 2011.
- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1995.
- YAIPÉN ZAPATA, Víctor. "El recurso de queja en el Código de Procedimientos Penales. La necesidad de reformar la queja excepcional". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 157, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2006.

El recurso de reposición en el Código Procesal Penal de 2004

Julián Genaro Jerí Cisneros[*]

El autor señala los presupuestos descritos en el artículo 425 del Código Procesal Penal de 2004 para interponer el recurso de reposición, el cual tiene por finalidad que el mismo órgano judicial reponga su decisión, mediante el dictado de una nueva resolución que deja sin efecto la anterior; evitando así a los litigantes los gastos y demoras que supone la alzada al superior jerárquico. En ese orden, el autor señala que este recurso se funda en los principios de economía y celeridad procesal.

I. GENERALIDADES

La actividad desarrollada por el juez, tendente de modo inmediato y directo a definir cuestiones de fondo y las incidencias planteadas durante el desarrollo de un proceso, es denominada genéricamente **decisoria**. Esta actividad decisoria o resolutoria, sirve para impulsar jurisdiccionalmente el proceso de oficio o a petición de parte.

La posibilidad de que la actividad decisoria se cumpla en forma ilegal o injusta, habilita el poder que la ley procesal penal otorga a las partes intervinientes en el proceso para dirigir su actividad en procura de la corrección o eliminación del posible defecto o injusticia, provocando un nuevo examen de la cuestión resuelta.

Este poder que se acuerda a las partes, se muestra –dentro de determinados límites objetivos y subjetivos–, a través de medios idóneos

[*] Presidente de la Tercera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

conocidos generalmente en la ley y en la doctrina con el nombre de **recursos**.

Existe cierta coincidencia en la mayoría de los estudiosos del Derecho Procesal sobre el concepto de Recursos, el cual conceptúan como una especie del medio impugnatorio[1], ordinario, dirigido a lograr la revisión de una decisión contenida en una resolución judicial afectada de vicio o error de forma o de fondo, a efectos de que sea revocada o invalidada, total o parcialmente por el mismo órgano jurisdiccional que la emitió o por otro de superior jerarquía.

El fundamento de los recursos es el reconocimiento de la falibilidad humana, aunque modernamente la jurisprudencia enmarca el derecho al recurso judicial dentro del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, se considera que como los jueces pueden errar al aplicar o interpretar la ley –procesal o material–, es conveniente que las partes tengan la posibilidad de solicitar que la resolución dictada sea modificada, bien por el mismo juez que la dictó o bien por un órgano superior "normalmente más experimentado" y en actuación colegiada, como garantía de una mayor ponderación para los supuestos de resoluciones complejas y en asuntos más graves.

Los recursos, tal como lo establece el artículo 413 del nuevo Código Procesal Penal, están constituidos por la reposición, apelación, casación y queja.

II. CONCEPTO DE RECURSO DE REPOSICIÓN

Se llama recurso de reposición por la fórmula empleada de antiguo para utilizarla, pidiéndole al juez que **reponga por el contra imperio** la resolución de que se trata, es decir, no poniéndola en vigor o

(1) El nuevo Código Procesal Penal, a diferencia del Código Procesal Civil (art. 356), no recoge expresamente una clasificación de los medios impugnatorios. Así el artículo 356, señala: Clases de medios impugnatorios.- Los **remedios** pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones. La oposición y los demás remedios solo se interponen en los casos expresamente previstos en este Código (...)
Los **recursos** pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de esta, se subsane el vicio o error alegado.

modificándose en lo justo en virtud del principio de derecho *ejes est tollere cujus est condere*[2].

El profesor César San Martín Castro, indica que el recurso de reposición es: "Aquel tendiente a obtener que, en la misma instancia donde una resolución fue emitida, se subsanen, por contrario imperio, los agravios que aquella pudo haber inferido"[3]. Es por consiguiente un recurso para que el mismo órgano y por ende en la misma instancia, reponga su decisión (la reconsidere, la revoque) por contrario imperio, mediante el dictado de una nueva resolución que deja sin efecto una anterior.

Para Gernaert Willmar, la reposición es: "un medio técnico por el cual se pretende que el mismo tribunal, unipersonal o colegiado, que dictó la resolución impugnada, la modifique o revoque por contrario imperio, evitando el recurso ante un tribunal de superior jerarquía, de modo que se favorezca la celeridad y economía procesales"[4].

Gómez de Liaño sostiene que el recurso de reposición es: "(...) un recurso ordinario no devolutivo que cabe contra las providencia y determinados autos que dicten los jueces (...)"[5].

El recurso de reposición es considerado como un recurso impropio[6], ordinario, no devolutivo que en puridad funciona como un remedio por el

(2) Locución latina que significa "el que tiene poder para hacer una cosa, la tiene para deshacerla".

(3) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, 1ª edición, Grijley, 1999, p. 691.

(4) Citado por DE SANTO, Victor. *El proceso civil*. Tomo VIII-A, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 197.

(5) GOMEZ DE LIAÑO GONZALES, Fernando. *El proceso civil*. 2ª edición, Editorial Forum, Oviedo, 1992, pp. 511 y 512.

(6) Impropio.- Cuando el juez revisor es el mismo órgano jurisdiccional que expidió la resolución impugnada.
Propio.- Cuando quien va a resolver, es el Órgano Jurisdiccional Superior.
Ordinario.- Para su interposición y posterior concesión hasta su cumplimiento formal de los requisitos de admisibilidad y procedencia con indicación del vicio o error, debidamente fundamentado, no se exige una motivación determinado taxativamente por ley, son de uso corriente, proceden libremente sin exigencias adicionales, ejemplo: reposición, apelación y queja.
Extraordinario.- Aquella cuya interposición requiere de determinados motivos o causas establecidas por el ordenamiento positivo, procede contra determinadas resoluciones y por motivos o causas expresamente previsto por ley, ejemplo: Casación.
No devolutivo.- El recurso es conocido por el mismo órgano judicial que dictó la resolución para que la examine y la revoque, aclare, adicione o modifique, como ocurre en la misma instancia.
Devolutivo.- Indica que su tramitación y la resolución corresponde a un órgano superior jerárquico.

cual se pide a la misma instancia que dictó un decreto, o un auto final que la revoque o modifique por contrario imperio.

En el Derecho comparado, el recurso de reposición es conocido también con los nombres de retractación, reforma, revocatoria, reconsideración y súplica; en este último caso, si la resolución impugnada fue dictada por un tribunal u órgano colegiado.

Ayán[7] sostiene que la reposición está dirigida contra resoluciones jurisdiccionales limitadas genéricamente por la ley, que se considera ilegal y agraviante, a fin de que el órgano jurisdiccional que la dictó pronuncie su revocación o modificación.

III. FUNDAMENTOS

La reposición es una manifestación ecuánime y prudente de la administración de justicia, ya que procura la solución de una mala interpretación legal u otro error, sin esperar a la solución del pleito, evitándose así a los litigantes, los gastos y demoras que supone la alzada al superior jerárquico para obtener una reparación.

Hugo Alsina[8] sostiene que "mediante el recurso de reposición, se evitan las dilaciones y gastos de una segunda instancia, tratándose de providencias dictadas en el curso del procedimiento para resolver cuestiones accesorias y respecto de los cuales no se requieren mayores alegaciones".

El fundamento del recurso de reposición está constituido por los principios de economía y celeridad procesal. Ello es así por que este medio impugnatorio no entorpece o dilata el desarrollo del litigio, pues es resuelto en forma expeditiva por el mismo magistrado que dictó la resolución cuestionada o que conoce directamente de ella, dilación que

(7) AYAN, Manuel S. *Medios de impugnación en el proceso penal*. Alvarani Ediciones. Córdoba, 2007, p. 142.

(8) ALSINA, Hugo. *Tratado teórico y práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo IV, 2ª edición, Buenos Aires, 1963, p. 142.

ocurriría de tener que acudir a otra instancia para resolver la impugnación planteada.

Para San Martín Castro[9]: "El recurso de reposición tiene su fundamento en la economía procesal representada por la conveniencia de evitar una doble instancia, otorgándole al tribunal autor de una resolución, la oportunidad de corregirla, luego de un nuevo estudio de la cuestión".

Mediante el recurso de reposición se evitan dilaciones, favoreciendo así la celeridad y economía procesal.

IV. CARACTERÍSTICAS

Siguiendo al maestro José Neyra Flores[10], el recurso de reposición presenta las siguientes características:

1. Se dirige contra una resolución judicial –decretos– y durante las audiencias contra todo tipo de resolución, salvo las finales. En el proceso penal, la regla es la impugnabilidad de todas las resoluciones, si bien, según cuál sea el tipo de resolución le corresponde uno u otra clase de recurso impugnatorio. De manera que resultan excluidos de su ámbito los actos del juez desprovistos de carácter decisorio y los actos procesales de las partes, cuya impugnación como regla debe canalizarse a través del incidente de nulidad o llamados nulidad de actos procesales regulados en el Libro Segundo "La actividad procesal", Título III del NCPP, 2004.

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

(9) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Ob. cit., Tomo II, pp. 691 y 692.

(10) NEYRA FLORES, José A. *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Idemsa, Lima, pp. 374 y 375.

3. Que sea interpuesto dentro del mismo proceso en el que se dictó la resolución impugnada y antes de que el plazo legal previsto para deducirlo adquiera firmeza.

4. Su interposición dentro de un plazo perentorio que está fijado en 2 días (art. 414 a) del NCPP), que comienza a correr desde el día siguiente a la notificación de la resolución de que trate (art. 414 inc. 2 del NCPP) y que es individual respecto de cada una de las partes. Plazo que al ser de naturaleza procesal, habrá que computarse en días hábiles y, si el último día del plazo fuera inhábil, se entenderá que vence el primer día hábil siguiente.

5. La reposición causa un gravamen o perjuicio al recurrente, esto es, que le sea total o parcialmente desfavorable. Debe tenerse en cuenta que el gravamen o perjuicio no tiene que ser necesariamente económico, basta que exista un perjuicio jurídico. La existencia de un gravamen para el recurrente, circunstancia que concurre frente a la ausencia de concordancia, total o parcial, entre lo resuelto y lo solicitado por aquel.

Lo importante para ejercer la impugnación no es la simple condición formal de "parte", sino más bien, la condición de "parte gravada" por la resolución que reimpugna.

V. RESOLUCIONES IMPUGNABLES

La primera parte del artículo 415 inciso 1 del NCPP precisa: "el recurso de reposición procede **contra los decretos**, a fin de que el juez que lo dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda (...)".

El recurso de reposición, está dirigido a cuestionar resoluciones judiciales de mero trámite, esto es, contra los **decretos** o las llamadas "providencias".

Los **decretos** son aquellas resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional a través de los cuales se impulsa el desarrollo del proceso; son resoluciones de mero trámite que tienden a promover los actos de

dirección, ordenación, incorporación y comunicación dentro del proceso, en los cuales no existe pronunciamiento respecto a las pretensiones principales, verbigracia: el correr traslado, fijar fecha de audiencia, disponer se agreguen documentos al expediente, tener por señalado un domicilio procesal, admitir el nombramiento de un abogado defensor, etcétera.

Asimismo, la citada norma procesal establece que: "Durante las audiencias solo será admisible el recurso de reposición **contra todo tipo de resolución, salvo las finales** (...)".

La resolución judicial es toda declaración de voluntad promovida por el juez o el colegiado, que tienden a ejercer sobre el proceso una influencia directa o indirecta, que ordena o promueve algo. Las resoluciones judiciales forman parte de los actos del órgano jurisdiccional.

Según el texto del artículo en mención, durante la audiencia procede el recurso de reposición, contra todo tipo de resolución judicial, incluidos los autos a excepción de aquellos que pongan fin al proceso, es decir, son susceptibles a recurso de reposición aquellos autos que si bien es cierto ameritan una fundamentación especial, sin embargo, no resuelven el fondo de la controversia, verbigracia: el auto en el que la Sala declara inadmisible el recurso de apelación (art. 420, inc. 4 del NCPP). Al establecerse que no procede el recurso de reposición contra las resoluciones finales dictadas en audiencias, se ha fijado de manera puntual los límites en el ámbito de aplicación de este medio impugnatorio, quedando exceptuadas del recurso aquellas resoluciones contra las cuales se otorga expresamente otros recursos en la ley.

La redacción literal de la norma precisa que el recurso de reposición procede contra "decisiones" preguntamos si quedan excluidos los autos, sobre todo aquellos autos cuyo contenido presentan errores y vicios, en principio ha de recordarse que la generalidad de la doctrina y la práctica judicial entienden que el recurso de reposición procede contra autos, pues la finalidad es que el operador judicial corrija los errores o vicios que puedan contener.

La impugnación puede ser total o parcial, en efecto, el recurrente puede realizar una impugnación total de la resolución, o bien limitarse a un extremo de la resolución, es decir, llevar a cabo una impugnación

selectiva, haciendo objeto de la impugnación a solo ciertas partes (defectos concretos); esto tiene a su vez como límite el que tal división o limitación sea natural o jurídicamente posible, pues las cuestiones necesariamente enlazadas, no pueden dividirse a efectos de la impugnación.

Roxin[11], considera que la impugnación parcial es posible cuando lo impugnado es separable de lo no impugnado, entonces, en tal caso, el recurrente delimita válidamente el objeto de la impugnación y, por ello, el ámbito de conocimiento del juez. La extensión mayor o menor de la impugnación, depende del recurrente, este enmarca su crítica y a ella ha de adjuntarse el operador jurídico.

Sin embargo, Jacobo López Borja de Quiroga[12], advierte: "Cuando el recurrente ha dividido su impugnación en forma incorrecta, pues ha separado cuestiones enlazadas entre sí, dependientes una de otra, entonces se considera que ambas cuestiones son objeto de impugnación".

VI. LEGITIMACIÓN

Cafferata Nores[13], prescribe que el recurso se concibe como: "Un medio de control de la corrección fáctica y jurídica de las resoluciones jurisdiccionales, acordado con un sentido 'bilateral', es decir, tanto al acusador como al acusado, y con un sentido de equidad".

En observancia del principio de "igualdad de armas", se procura que ambas partes cuenten con los medios de defensa, ataque y contradicción, tal como se describe del artículo I. inc. 3 del Título Preliminar del NCPP que señala: "Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este código (...)", lo que implica que a las partes se les concede iguales posibilidades y derechos (de alegar, probar, impugnar resoluciones, etc.).

(11) ROXIN, Claus. *Strafverfahrensrecht*. p. 384.

(12) LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. p. 144.

(13) CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Centro de Estudios Legales y Sociales. Editores Del Puerto. Buenos Aires, 2000. p. 179.

El derecho a recurrir se rige por el principio de legalidad, solo la ley determina a quién le corresponde dicha facultad, si aquella no contempla prohibición taxativa, dicho derecho corresponderá a cualquiera de los sujetos procesales (art. 404.2 del NCPP).

El Ministerio Público y el imputado tienen la facultad de impugnar indistintamente los extremos de la resolución jurisdiccional en forma parcial o total (art. 407.1 del NCPP).

El derecho al recurso no es exclusivo de ningún sujeto procesal, conforme lo señala el profesor José Neyra Flores[14]: "La legitimación activa está en relación directa al agravio sufrido, por quien es afectado por una resolución que lo perjudica, tiene un interés jurídicamente protegido en su corrección, por cuya causa tendría que concedérsele la posibilidad de recurrir tal fallo, por ello el agravio es un requisito imprescindible o presupuesto material para que determinado sujeto procesal sea considerado sujeto legitimado".

La legitimación activa para interponer el recurso de reposición, corresponde tanto al Ministerio Público, al procesado y a las demás partes, es decir, a todas las "partes procesales" destacándose que lo más importante para ejercer la impugnación es la condición de "parte graviada" por la resolución que se impugna.

En este orden de ideas, sostiene el profesor José Neyra Flores, tiene legitimidad activa:

- **El imputado**, con la única condición que su intención se derive del hecho de haber sufrido agravios. De ello se desprende que puede impugnar cualquier tipo de sentencias o autos, salvo las que le sean favorables, por ejemplo, la sentencia absolutoria.

- **El Ministerio Público**, como titular de la acción y defensor de la legalidad, puede interponer recurso, con la misma limitación referida al imputado. En este punto se debe recalcar que el Código Procesal Penal de 1991 y el Código Procesal Penal de 2004,

(14) NEYRA FLORES, José A. *Manual del nuevo proceso penal y de litigación oral*. Ob. cit., p. 376 y ss.

reconocen expresamente la posibilidad de que el Ministerio Público, pueda impugnar –incluso– a favor del imputado.

- **La parte civil,** en principio, la legitimidad activa para interponer algún medio impugnatorio de los agraviados se encuentra condicionada a la constitución como parte civil en el proceso penal; constitución que opera ante el pedido por escrito de los autorizados por ley, ante el juez competente, y este mediante auto resolverá la admisión o no de dicha constitución. La excepción a esta condición, es la referida a que el agraviado está legitimado para interponer algún medio impugnatorio exclusivamente referido a la no admisión como parte civil en el proceso. Además, la parte civil solo está legitimada para interponer medios impugnatorios referidos exclusivamente a su pretensión civil y las resoluciones conexas que tengan que ver con dicha exigencia. Por lo tanto, le está vedado interponer algún medio impugnatorio con respecto al extremo de la pena. Solo en el caso de sentencia absolutoria le está permitido impugnar ese aspecto, porque su pretensión civil solo se verá satisfecha si se condena al imputado.

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

El presupuesto de "legitimación activa" que en realidad atañe al requisito de "conducción procesal", determina la necesidad de quien pretenda promover el medio de impugnación, ocupe el estatus de "parte gravada" en el proceso donde se dicte la resolución judicial objeto del recurso, de lo que se concluye que solo puede recurrir aquel sujeto procesal legitimado que haya sufrido un agravio con la resolución que pretende cuestionar.

Asimismo, a quien no interviene o no esta comprendido como parte en el proceso no ha de serle admitida la impugnación, sin que, por el contrario, pueda serle inadmitido el recurso a quien por desconocer la existencia del proceso, no puede comparecer ni mostrarse como parte en el mismo.

VII. REQUISITOS

Entre los requisitos para su admisión, podemos señalar.

a) **Tiempo**. El recurso de reposición habrá de interponerse en el plazo improrrogable de dos días, a partir de la notificación de la resolución (art. 414, inc. 1, literal d), e inc. 2 del NCPP), situación que se rige también bajo el principio de preclusión.

Chiovenda[15] sostiene que: "La preclusión consiste en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso, a la parte, el derecho a realizar otros actos procesales determinados, o en general, actos procesales".

Las partes tienen la facultad de realizar los actos procesales que la ley les permita y dentro de los plazos que ella señale, extinguiéndose los efectos de la anterior ante la vigencia de la actual; esto cierra el paso a la revisión de los actos procesales mediante la caducidad y la extinción de la etapa inmediatamente anterior, evitándose de esta forma el desorden y la incertidumbre[16].

Si el juzgador no advierte el error y este es dejado consentir por las partes, se convalida en aplicación del principio de preclusión.

b) **Forma.** Es cuando al requisito de la forma, tratándose de un recurso especial, su interposición puede ser en forma escrita o también en forma oral.

Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito (art. 415, inc. 2, literal b del NCPP). Es necesario que se precise las partes o puntos de la decisión a los que refiere la impugnación y se expresen los fundamentos específicos de hecho y de derecho que lo apoyan. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta (art. 405, inc. c) del NCPP).

(15) CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II, Reus, Madrid, 1922, p. 390.

(16) CÁCERES JULCA, Roberto. *Las nulidades en el proceso penal. Apuntes sobre la nulidad en el caso de inobservancia de normas*. Jurista, Lima, 2007, p. 215.

La interposición del escrito ha de formularse debidamente fundamentado[17].

La presentación de un escrito que se reduzca a determinar la identidad del recurrente y la resolución que se pretende impugnar, sin otras adicionales precisiones destinadas a dar a conocer los motivos de la reposición, no puede entenderse que satisfaga la exigencia de acceso a la reposición, por lo que el órgano judicial declarará la no admisión del recurso.

El recuso puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso este se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva (art. 405, inc. b) del NCPP).

Si la reposición fuere interpuesto de manera verbal en alguna audiencia podrá dirigirse contra resoluciones que no pongan fin al proceso y que no estén circunscritas como resoluciones recurribles por otros medios de impugnación; por ejemplo, si alguna parte procesal se opone a alguna pregunta formulada por su parte contraria, y esta es denegada por el juez o el tribunal (sala penal), podrá interponer reposición contra la decisión por considerar que fue emitida incurriéndose en algún vicio o error. Bajo este supuesto, consideramos que la interposición y fundamentación del recurso deberá ser inmediata, pues, justamente lo que se pretende –por ejemplo a través de una oposición de una pregunta– es prescindir de dicha cuestión.

En todo caso, este recurso de reposición es residual frente a la apelación[18] porque cuestiona resoluciones de menos "carga" y de mero impulso procesal, observándose, además, que tiene un efecto no devolutivo,

(17) Es tacita la fundamentación de todo recurso, y consiste en señalar concretamente los errores de la resolución impugnada, en individualizar a esta y en poner de manifiesto los agravios generados. Ciertamente, el escrito "fundante" de un recurso de reposición esta muy provisto con su contenido y efectos a la expresión de agravios, por lo que también se debe exigir el aporte de una demostración razonada de las equivocaciones que se atribuyen al decisorio recurrido.

(18) En reiteradas oportunidades se ha declarado improcedente el recurso de apelación interpuesto contra un auto que no resolvía una cuestión de fondo al considerar que respecto de él, según la construcción de la norma prevista en el artículo 415 del NCPP, tan sólo procede el recurso de reposición

esto es, quien decidirá la oposición será el mismo juez o tribunal que expidió la resolución recurrida.

Finalmente el recurso de reposición, debe contener:

- Una expresión de voluntad de impugnar, es decir, una voluntad específica de recurrir el contenido del decreto, en el ámbito en que le causa agravio.

- La indicación de los puntos, objeto de cuestionamiento, se refiere a la indicción expresa de estos y la decisión de la jurisdicción que se cuestiona, de modo que permita individualizar concretamente el vicio que causa agravio.

- Una fundamentación: "Esta consiste en la formulación de los argumentos tendientes a rebatir los motivos del acto impugnado, si los tuviere o a convencer a favor de la petición del recurrente. Dicho en otros términos, la exigencia normativa se traduce en la necesidad que el impugnante formule el razonamiento lógico-jurídico justificante de su petición"[19].

VIII. MOTIVOS DE LA IMPUGNACIÓN

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

Vicios *in iudicando* - *in facti* (sobre los hechos)
- *in iuris* (sobre el derecho)
Vicios *in procedendo*[20]

(19) AYAN et ál. *Medios de impugnación en el proceso penal*. Ob. cit., p. 32.

(20) El Derecho romano ya conocía la diferenciación entre la sentencia nula por vicios de forma (evidentemente mencionaba a la sentencia injusta por vicios in iudicando. Se trata de los errores que pueden existir por un lado, en los procedimientos, y por otro lado, al juzgar en el juicio que constituye la decisión. Es lo que otros autores (en general la doctrina italiana) distinguen como vicios de la actividad o del juicio del tribunal; otros hablan de infracción in o error en el fondo o en las formas, como sucede con la legislación española. En todo caso preferimos las expresiones latinas, por cuanto ellas, son las universalmente más aceptadas por la doctrina comparada. JERI CISNEROS. *Teoría General de la Impugnación Penal (Tesis)*, p. 34.

Con un criterio didáctico, puede señalarse que cuando el vicio versa sobre la irregularidad de la actividad procesal a través del cual se produjo la decisión, el vicio o error es *in procedendo*; cuando versa acerca de la incorrección del juicio contenido en el pronunciamiento, es *in iudicando*. Esta distinción parte de la diferente posición en que se encuentra el juez frente al Derecho, según sea sustantivo o procesal[21].

Frente a las normas de derecho sustancial su misión es declarar el Derecho, comprobando de qué manera los individuos lo han cumplido; de cara al Derecho Procesal, su deber es cumplirlo, adecuando a él su conducta y la de las partes. A su vez, si el vicio en el juicio del juez estriba en el hecho: por haber sido fijado en la resolución con error sobre la verdad histórica, será *in factum*; si en cambio, el error radica en la inteligencia de la norma que en ese hecho debe aplicarse, será *in iuris*. Además, la infracción a la ley procesal nunca puede configurar un vicio *in iudicando*, porque ella se ejecuta y señala el *procedendo* de la actividad realizadora; asimismo, la infracción a la ley sustantiva jamás será error *in procedendo*, porque su aplicación implica siempre un *iuditio* de subsunción del hecho en el Derecho[22].

1. Vicios *in iudicando*

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

El juez o el tribunal (sala penal) pueden incurrir en vicios de juicio que pueden consistir en la "inobservancia", "interpretación indebida o errónea" de la ley material, pudiendo presentarse las siguientes situaciones:

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

(22) DE LA RUA, Fernando: *La casación penal*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1968, p. 99.

a) Inaplicación de la norma al caso concreto.

b) Aplicación indebida de la norma a un caso no previsto en ella.

c) Abierta transgresión o negación de la norma.

d) Interpretación indebida o errónea de la norma.

Quinteros Velasco, concibe el error *in iudicando* como un vicio que afecta el contenido del proceso, al derecho sustancial que en él se controvierte (....) y se realiza aplicando en la misma una ley inaplicable, utilizándola mal o dejando de aplicarse la ley correspondiente[23].

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

La impugnación de la resolución se funda en virtud de los presupuestos del contenido de la resolución; la resolución se estima correcta desde el punto de vista procesal, se admite que carece de vicio de origen o de

(23) Es de destacar que esta difundida y tradicional distinción entre los vicios jurídicos de que pueda adolecer una resolución, no ha sido acogida con carácter uniforme, habiéndose programado otras pautas de diferenciación. Así Florencia, seguido luego por Carnelutti, distinguen entre "Vicios de Actividad" y "Vicios de Juicio". Bieling, aunque considera que todas las infracciones pueden ser resumidas en un concepto único de violación de la ley, distingue entre "infracciones de derecho material"(internas) e "infracciones procesales" (externas). Calamandrei, después de analizar críticamente la posición de Bieling, propone que el error *in procedendo* se le denomina "inejecución de la ley" y al error *in iudicando*: "errónea declaración de la ley". Goldschmidt, que considera que el *error in procedendo*, implica a la vez error *in iudicando*, refiere que preferible que se distinga entre *error quo ad processus* y *error quo ad iem*. Alcalá Zamora y Levene, proponen un criterio unitario: "Infracción de norma jurídica", material o procesal.

forma, pero su contenido es gravoso para alguna de las partes, y ello por que adolezca, real o hipotéticamente, de error *in facto* o error *in iure*.

Se debe tener en cuenta dos cuestiones a) la intangibilidad de los hechos, esto es, la imposibilidad de revalorizar los hechos, y b) la esencialidad del vicio, esto es, que la naturaleza del vicio sea esencial e influya en la parte decisoria.

1.1. El error *in facto*

Existe error *in facto* cuando el juez del tribunal ha partido de un supuesto fáctico equivocado o cuando la interpretación de la situación fáctica no sea correcta. Este tipo de error se puede cometer en las resoluciones judiciales, cuando no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulten manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico impliquen la predeterminación del fallo. El artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado y el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, obligan la adecuada fundamentación fáctica y jurídica de las resoluciones judiciales. El vicio *in facto* se origina exclusivamente cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitativa o imprecisa, de modo que por su insuficiencia u oscuridad, o por no expresarla en forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante o dubitativa, puede conducir a subsunciones alternativas, en definitiva consecuencia de la ambigüedad del relato.

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

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

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

1.2. Error *in iure*

Existe error *in iure* cuando la ley aplicada para la valoración de los hechos o situación fáctica no sea la adecuada por haberse aplicado una ley distinta de la que en realidad debió haberse aplicado o por que la interpretación de la ley haya producido un resultado contrario o distinto al querido por la norma, o por que haya dejado de aplicarse una norma que era la genuinamente aplicable. En este caso, el error está en el razonamiento del juez que se materializa en la fase de decisión; los autores modernos habla de un "vicio de juicio"; la doctrina más antigua lo llama "*error in iudicando*". El vicio *in iudicando* genera la renovación, el "*iudicium rescissorium*", vale decir, la rectificación directa del vicio o error, dejándose sin efecto la decisión que ocasionó el agravio y emitiendose otra –esta vez adecuada y correcta– que la supla.

2. Vicios *in procedendo*

Es la desviación de los medios que señala el Derecho Procesal para la dilucidación del proceso. Son los vicios del procedimiento, las irregularidades que afectan a los diversos actos procesales que componen el proceso. El vicio *in procedendo* o infracción a las formas acarrea, por lo

general –si fuese insalvable– la nulidad del acto viciado. Ello conduce al *iudicius rescindes*, de carácter negativo, que implica la declaración de invalidez del acto cuestionado y, como efecto secundario, el de retrotraer el proceso al estado inmediato anterior al de aquel en que se produjo el vicio (siempre y cuando este fuese determinante en el proceso), los vicios *in procedendo* pueden ser de estructura o de garantía.

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

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

IX. SUSTANCIACIÓN

1. Resoluciones dictadas en audiencias orales

En el marco del nuevo proceso penal, donde prima la oralidad en todas las etapas procesales, la realización de audiencias a fin de resolver los requerimientos, controlar las actuaciones de los sujetos procesales, o bien emitir algún tipo de pronunciamiento, es una constante en el nuevo Código Procesal Penal[24].

El juez, tiene como base de trabajo la audiencia[25] oral, pública y contradictoria, y toda decisión que tome –excepto los autos finales– puede

(24) ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Medios impugnatorios. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la etapa del juicio oral*. Editorial El Buho, Lima, 2010, p. 42.

(25) En la etapa de investigación preparatoria se pueden desarrollar las audiencias de control de plazos, de comunicación de la detención preliminar, de prisión preventiva, para interponer medios técnicos de

ser objeto del recurso de reposición, esto es, el interesado puede pedir al juez que nuevamente examine su decisión, para ello necesita de una fundamentación en el que ha de precisar cuál es el agravio, con la finalidad de que el mismo juez que expidió la resolución, pueda modificarla o rectificarla.

El cambio de perspectiva de lo escritural a la oralidad conlleva a la posibilidad de que se produzca cualquier tipo de incidente durante la realización de la audiencia, que requiere ser resuelto por el juez que la dirige en forma oportuna e inmediata. En ese orden de ideas, lo que decida en la audiencia es objeto, en ese instante, del recurso de reposición a fin de que reexamine su propia decisión.

El maestro Oré Guardia, señala que: "La regla general es que al interponer un recurso impugnatorio –reposición, Apelación–, este sea sujeto a un control de admisibilidad, y que cuando este resulte negativo, la parte afectada pueda interponer el respectivo recurso de queja"[26].

Si la resolución judicial –excepto las finales–, es emitido en audiencia, el recurso de reposición deberá ser promovido verbalmente y sustentado inmediatamente dentro de la misma audiencia en que se profirió la decisión que es objeto de inconformidad y que se pretende atacar por la vía de reposición, debiendo el juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia (artículo 415 inciso 1 del NCPP).

Por mandato expreso de la ley, el recurso de reposición, no procede contra resoluciones finales (autos y sentencias) los que pueden ser objeto de otros recursos impugnatorios, por ejemplo: la apelación.

Cabe la posibilidad de que se interponga el recurso de reposición dentro de los 2 días de notificada la resolución, es decir en una audiencia, la notificación es instantánea, pues el juez (unipersonal o los jueces colegiado), informarán del contenido de sus resoluciones a las partes en el desarrollo de la audiencia, deduciéndose que el plazo para interponer el

defensa, de tutela de derechos, etc., Asimismo, en la etapa intermedia, se puede actuar la audiencia de control de sobreseimiento, control de acusación, etc.

(26) ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. cit., p. 47.

recurso impugnatorio, se contabiliza a partir del día siguiente de realizada la notificación oral, la cual deberá ser consignada en el acta correspondiente para otorgarle contenido material, para efectos de prueba.

Conforme se ha señalado, la fundamentación de los medios impugnatorios deberá realizarse dentro del mismo plazo para la interposición del recurso. Ello porque no existe una regulación expresa que determine plazo distinto de interposición y fundamentación de recurso.

2. Resoluciones dictadas fuera de audiencia

1) Cuando el escrito de formalización del recurso de reposición haya sido presentado y debidamente fundamentado ante el órgano judicial competente y la resolución a la que se contraiga sea susceptible de reposición, deberá el magistrado examinar la concurrencia de la admisibilidad entre los que se encuentre su interposición dentro del plazo de 2 días legalmente establecido (artículo 414 inciso 1 literal d) NCPP).

   Una vez efectuado el control de admisibilidad y este resuelva positivo, el juez analizará si el vicio o error precisado como fundamento fáctico y jurídico del recurso, es evidente, la declarará así, emitiendo el auto estimatorio de dicha pretensión, lo que implica la revocatoria de la resolución objeto de reposición, dictándose en su reemplazo la resolución que corresponda.

2) Si el control de admisibilidad del recurso resulta negativo siendo manifiestamente inadmisible, la resolución que se dicte será desestimatoria de la pretensión, lo que conlleva a la ratificación de la resolución impugnada.

3) Si el juez considera necesario, conferirá traslado por el plazo de 2 días (artículo 415 inciso 2 literal b) del NCPP), una vez presentado el escrito ante el magistrado competente, deberá darse traslado del mismo recurso si el juez lo considera necesario (es potestativo del juez), a las demás partes, garantizándose de este modo el principio de igualdad y una vez verificado dicho traslado por el plazo de dos días para que realicen las alegaciones convenientes, resolverá con su contestación o sin ella.

El legislador no ha señalado el término dentro del cual el juez resolverá el recurso, en nuestra opinión debió precisarse el plazo estimado en un día luego de que se venza los 2 días de traslado hubiesen o no presentado las alegaciones.

La resolución decisoria de la reposición tendrá un contenido estimatorio cuando, apreciando la existencia de vicios o errores en la decisión judicial, se proceda a revocarla, estimando en todo o en parte la pretensión esgrimida por el impugnante.

X. EFECTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

El artículo 415 inciso 3 del NCPP, precisa: "El auto que resuelve la reposición es inimpugnable".

Nuestro nuevo Código Procesal Penal, objeta la irrecurribilidad del auto que resuelve la reposición, no cabe recurso alguno, pues tiene el carácter de inimpugnable, debido a que está dirigido contra resoluciones no trascendentales y por razones de abreviación de trámites procesales, tomando en consideración que no pueden permitirse el uso y abuso y conducirnos a un reexamen permanente de la decisión, básicamente porque si así fuera, los fines del proceso serían irrealizables.

Véscovi anota que es indudable que no se pueda admitir que se siga recurriendo por razones de abreviación, siendo suficiente garantía la de admitir que se plantee el recurso por una vez. Obviamente porque se trata de cuestiones no trascendentales, pues, para las relevantes se otorgan el recuso de apelación[27].

El auto que resuelve el recurso de reposición es inimpugnable, esto es, al constituir este recurso un remedio procesal de mero trámite, no amerita una mayor calificación jurídica, por ende, a fin de evitar mayor morosidad procesal, se proscribe la doble instancia en la interposición del recurso de reposición.

(27) VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 104.

SALA PENAL DE APELACIONES - SEDE CENTRAL
EXPEDIENTE : 01066-2011-32-1201-JR-PE-01
ESPECIALISTA : JUAN CARLOS TIBURCIO FIGUEROA
MINISTERIO PÚBLICO : FISCALIA PROVINCIAL PENAL COORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUANUCO
PROCURADOR PÚBLICO : PROCURADOR PUBLICO ANTICORRUPCION
IMPUTADO : APONTE PAUCAR, OLGA
DELITO : PECULADO DOLOSO
: HUERTA APOLINARIO, MARILU DOMITILA
DELITO : PECULADO DOLOSO

SENTENCIA DE VISTA 01-2012

RESOLUCION NÚMERO 56
Huánuco, veintidós de junio
del dos mil doce.-

I. VISTA Y OÍDA

La audiencia pública de apelación de sentencia por la Sala de Apelaciones, integrada por los Magistrados Elmer Richard Ninaquispe Chávez, Presidente de la Sala Penal, Sandra Elena Cornelio Soria y Juan Jesús Urdánegui Basurto, y en la que intervinieron los abogados Marco Antonio Villavicencio Guardia y William Ramírez Mora, en representación de sus patrocinadas las imputadas Marilú Domitila Huerta Apolinario y Olga Aponte Páucar, respectivamente, y la señorita Angélica Osorio Fernández, Fiscal Adjunta Superior de la Fiscalía Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios Públicos.

II. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA Y FIJACIÓN DE LOS HECHOS MATERIA DE DEBATE

- La **DEFENSA** de **MARILÚ DOMITILA HUERTA APOLINARIO** ha sostenido que la sentencia apelada debe ser revocada y se debe absolver a su patrocinada por los delitos que se le ha condenado, ya que al analizar la presente sentencia se advierte que se ha descuidado la parte sustantiva, es decir, en acreditar los elementos constitutivos del delito para emitir una sentencia condenatoria, por cuanto se cae en error al decir que todo funcionario o servidor público que se apropia de dinero comete el delito de Peculado; en el presente caso vemos que la calidad de funcionario o servidor público del agente o imputado, efectivamente lo tiene su patrocinada y el Ministerio Público ha presentado la resolución donde se le designa como Sub Gerente Económico de la Beneficencia Pública; asimismo respecto a la pre existencia de los caudales o efectos, igualmente se ha demostrado que se ha vendido un nicho pero no ha ingresado el dinero a las arcas del Estado; respecto a la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos que por

razón de su cargo le estén confiados, el Ministerio Público no ha demostrado con documento fehaciente, ya sea reglamento o ley, que su patrocinada tenía la condición de percibir, administrar o custodiar el dinero del Estado por razón de su cargo como labor específica, pero lamentablemente para la Juez si lo hubo, que revisado el ROF, el MOF, así como el Reglamento de Procedimiento Administrativo en ninguno de ellos dice que su patrocinada tenía la condición de percibir, administrar o custodiar ese dinero, y en todo caso tampoco existe un memorando donde su jefe le diga que se va a desempeñar en el Área de Tesorería; consecuentemente tampoco existe relación funcional específica y no puede haber violación de los deberes de cargo, pues para violar un deber de cargo lo primero que debe de haber es la relación funcional específica, porque si no hay relación funcional específica que obligue a percibir, custodiar o administrar ese bien no se puede cometer violación de los deberes de cargo; en cuanto al acto de apropiación y utilización de cualquier forma para sí o para otro de tales caudales, la autoría de Peculado por delegación de facultades se configura cuando es válida y legalmente impartida la orden, sin embargo, en la acusación, en el debate oral y en los documentos que han sido introducidos en la etapa de juzgamiento y oralización que han servido para emitir sentencia la Juez ha valorado documentos que su patrocinada estando en el Área de Tesorería había suscrito, pero si fuera así ¿ella habría cometido delito de peculado?, ¿o estaría usurpando una función que no le competía?, entones al no haber sido válida y legalmente impartida la orden de cobrar por los nichos en Tesorería, en todo caso estaría usurpando una función que no le competía, además en el Reglamento, en el MOF y en el ROF no dice que su patrocinada tenía esa obligación y tampoco existe ningún documento que señale que ella tenía poder de vigilancia y control sobre la venta, y si bien Olga Aponte Páucar decía que su jefe inmediato era su patrocinada, pero eso es un dicho que el Ministerio Público y la Juez lo han aceptado para emitir una sentencia condenatoria, pero no existe documento alguno que diga si efectivamente era así, y en el supuesto caso que sea cierto que una de las señoras supuestamente agraviada le haya entregado dinero a su patrocinada, se le ha entregado las boletas, por lo que no podría configurar delito de Peculado de acuerdo a la función de su cargo, pudiendo constituir delito de apropiación de dinero del Estado, o hurto o usurpación de funciones pero no Peculado porque no se dan todos los elementos, resultando extensivo dar lectura de todas las funciones específicas y funciones generales del Área de Sub Gerencia Económica, labor que desempeñaba su patrocinada, por lo que el Colegiado teniendo a la vista la carpeta de juzgamiento y la carpeta judicial, debe verificar si efectivamente lo que el abogado defensor ha dicho es cierto o no, con respecto al delito de Peculado.

Respecto al delito Contra la Fe Pública donde supuestamente su patrocinada habría adulterado los documentos y habría llenado montos diferentes en las boletas que obran en el expediente judicial, se refiere a la boleta de venta número 9034 lo que es emisor, usuario y tesorería donde la señora Olga Aponte Páucar hace referencia que su patrocinada es la que hizo, pero debe revisarse las fechas de emisión para ver quién tenía la posesión de esos documentos, es de ver un recibo de ingresos que obra a fojas 58 del expediente judicial que es el número 229 del día 22 de octubre del 2008, donde la persona de Olga Aponte Páucar rinde ingresos e informa a la contadora sobre las operaciones de ese día consignando la Boleta de Venta número 0001-009034 a nombre de Cerila Tolentino Aróstegui por S/. 50. 00 nuevos soles, lo que quiere decir que para rendir esa información

ella lo ha llenado el documento a esa fecha y es quien ha manejado el recibo los cuatro juegos de boletas que se llenan, pero cuál es el documento adulterado del 25 de febrero del 2010 es la copia de la boleta 009034 (usuario) a nombre de Isabel Fernández Abarca, entonces como si el 2008 rinde cuentas con una boleta por cincuenta nuevos soles, cómo el 2010 podría decir que el recibo para usuario lo tendría su patrocinada Marilú Huerta Apolinario, lo que quiere decir entonces que la señora Olga el 2008 solamente se le había entregado dos juegos o tal vez se habría sustraído el documento que es para el usuario, lo que resulta evidente solamente revisando las fechas de emisión para darse cuenta quién es la que tenía en posesión esos documentos; ahora, con respecto a la Boleta de Venta número 009746 que fue rendida cuenta el 03 de noviembre del 2009 por la señora Olga a la contadora, mediante un resumen de ingresos del día, pero da la casualidad que lo que es para contabilidad y tesorería esta boleta se llena con fecha 03 de noviembre del 2009, lo que significa que la persona que ha tenido los comprobantes de pago era la señora Olga, sin embargo con fecha 13 de noviembre del 2009, esto es, diez días posteriores se adultera con otras cantidades, diciendo que la señora Marilú es la persona que habría llenado estos documentos, pero si se ve con objetividad las fechas se tiene que decir que quien ha llenado la primera boleta legal es quien ha tenido los cuatro juegos, y doña Olga lo ha tenido e incluso acepta que lo que es legal ella lo ha llenado, pero resulta ilógico que llene primero la boleta con fecha anterior, rinda cuentas y luego lo saque y le entregue a Marilú para su llenado pues debería haber llenado los cuatro y no decir Marilú lo ha realizado; que también se hace referencia a que supuestamente en la máquina de escribir que obra en la Sub Gerencia Económica se habría llenado una de las boletas, al respecto efectivamente cuando el Fiscal fue a inspeccionar encontró la máquina ahí pero eso no significa que años antes haya estado ahí, pues el acta del Fiscal refleja lo que encontró en la fecha que ha ido pero no refleja lo que había en el 2008 o en el 2009 y en ese caso el Fiscal debería haber pedido un informe para corroborar de qué máquina ha sido o a qué área había sido asignada y con qué fecha había sido asignada al Área de Sub Gerencia Económica, lamentablemente no lo hizo y esos hechos no ha tenido en cuenta la Juez porque su patrocinada no ha cometido ningún delito; que por otro lado en la sentencia apelada existe una motivación aparente ya que no se ha valorado todo eso, y si bien la Sala dice que no dará valor diferente a las pruebas personales pero si podrá contrastar con todos los documentos que se han introducido y tendrá que dar valor referente al ROF y al MOF si efectivamente su patrocinada ejercía o no el cargo, por lo que va a tener que hacer de una u otra manera una valorización conjunta.

Al efectuar su RÉPLICA, respecto a lo que su colega de la defensa alega que su patrocinada es honorable y que ha sido sincera, sin embargo en el acto de juzgamiento como prueba extemporánea el mismo abogado defensor ha acreditado que su patrocinada no es honorable pues ha presentado una carta de despido por una sentencia condenatoria por el delito de Peculado, delito que es de la misma modalidad del que está siendo juzgada en el presente proceso y que es por el llenado de boletas de forma diferente; que de otro lado, de acuerdo al plenario que el Ministerio Público habla respecto a que no basta la tenencia material sino la disponibilidad, hay que entender que eso se trata de disponibilidad jurídica, lo que significa que tiene que estar en el ROF, en el MOF o en algún reglamento o ley, es decir que por ejercicio de su cargo su patrocinada tenga esa disposición, esa percepción, esa custodia o esa administración de ese bien.

- La **DEFENSA** de **OLGA APONTE PÁUCAR** señala que en este proceso su patrocinada ha sido sentenciada, pero tanto el señor Fiscal así como el Juzgado de primera instancia han cometido un grave error porque a una persona no se le puede condenar como autora ya que no ha habido un concierto de voluntades, su patrocinada no ha participado en la ejecución y con honestidad y en forma espontánea ha declarado que efectivamente las boletas que son materia de este proceso han sido llenadas por ella pero previamente ha sido anotado con un lápiz los datos por su co-procesada Marilú, y ella en cumplimiento a la subordinación que existía entre la Sub Gerente y su patrocinada que era Tesorera aceptó llenarlo, pero es el caso que según la Jueza había concierto y ha participado en la ejecución, si se ve objetivamente no hay participación objetiva en la ejecución para que se tipifique y se reúna los elementos en el delito de Peculado Doloso como autoría para que puedan sancionar a su patrocinada porque ella sólo ha llenado ese documento con los datos proporcionados por su co-procesada y luego se lo ha entregado, y esto se corrobora con la declaración de cada una de las agraviadas el día del juicio oral y en la etapa de investigación preliminar quienes sostienen que efectivamente las boletas de venta han sido canjeadas previa entrega de dinero a la señora Marilú, y si ella dice que no tenía nada que ver por qué le ha entregado la boleta, ese es el asunto que parece que la señora magistrada no ha querido tomar en cuenta, pese a que eso lo han ratificado una y otra vez en la etapa de juicio oral donde las testigos en ningún momento dicen que a Olga le han entregado los S/. 10, 5000.00 nuevos soles o que ella les ha entregado la boleta; aquí no hay sindicación directa contra su patrocinada, entonces no se le puede sentenciar por Peculado Doloso porque ella no se ha apropiado y no ha tenido contacto directo con el dinero de las agraviadas, por lo que el Juzgado ha cometido grave error al sentenciarla por dicho delito, es cierto que es servidora pública pero dónde está el dolo, la intención de apropiarse del dinero, y las mismas agraviadas lo han reconocido porque la co-procesada en varias oportunidades se ha reunido e inclusive ha ido a buscar a las agraviadas a fin de arreglar y devolver el dinero y efectivamente ha cumplido con devolver el dinero a las agraviadas, entonces mal podría sentenciarse a su patrocinada por Peculado Doloso si ella no ha tenido contacto directo con el dinero por su función de cargo, y sólo por el hecho de haber manifestado que efectivamente ha llenado la boleta le están sentenciando; ahora en este proceso efectivamente el recibo número 009034 por cincuenta nuevos soles a nombre de Cerila Tolentino Aróstegui su patrocinada no dice que ella lo ha rellenado ese recibo, y no ha sido atendido por ella por cuanto lo ha encontrado en su escritorio cuando volvió de comisión de servicios y le dio ingreso con la creencia que era con la legalidad, ya que así sucedía porque la Sub Gerente era la que se encargaba de atender cuando su patrocinada salía, así lo dice en su manifestación y su co-procesada también lo acepta; que su patrocinada sabía perfectamente como tesorera que tenía que emitir las cuatro boletas de venta; ahora el otro recibo, justamente que dice que es para usuario y fue utilizado para la señora Isabel Fernández Abarca, dicha señora dice que hizo trato directo con la señora Marilú y en ningún momento dice que haya sido con Olga Aponte Páucar, incluso indica que Marilú le ha canjeado la boleta de venta y que fue a decirle que retire todo; de igual manera la co-procesada Marilú dice que su patrocinada le dio el recibo provisional al señor Martín Alvarado Cubillus, pero este señor ha sido atendido en día primero de noviembre fecha que no atendía la Beneficencia, por lo que fue atendido en el Cementerio y Marilú tampoco niega si lo ha atendido, el detalle es que a este señor también le entregan una

boleta de venta solamente de lo que es de la Beneficencia legal l y lo que es para el usuario ya lo utilizan para Elva y Rosa Rodríguez Romero, aquí es cuestión lógica que quien ha hecho todo esto es la co-procesada porque las hermanas Elva y Rosa Rodríguez en el juicio oral dicen que le dieron el dinero a la señora Marilú y ella les ha entregado la boleta de venta, es más el testigo Domingo Baltazar Jara y Pinzás en la etapa preparatoria bien claro y enfáticamente dice que separó los nichos por la llamada telefónica de la señora Marilú, sin embargo en el juicio oral cambia la versión y dice de Tesorería; de igual manera el señor Martín Alvarado Cubillus dice inicialmente que le atendió la señora Marilú y que al final le entregaron un recibo en copia simple, pero en el juicio oral dice que no recuerda cuál de las personas fue; inicialmente todos aceptan los tratos que en este caso han sido realizados con la co-procesada, quien incluso ha devuelto el dinero, entonces no existe concierto de voluntades tanto más si la co-procesada no dice que hayan tenido concierto de voluntades, su patrocinada en forma espontánea y con honestidad de siempre ha hablado la verdad, pero sin embargo la Fiscalía la acusa por un delito que no ha cometido.

Respecto al delito Contra la Fe Pública quien ha utilizado y adulterado esos documentos es la señora Marilú Huerta Apolinario, ya que según los agraviados ella es quien ha canjeado el monto de dinero y les ha entregado las boletas de usuario, entonces dónde está el uso que habría dado su patrocinada, sin embargo la Fiscalía hace una relación conjunta y dice que las dos han utilizado esos documentos, en esa parte la defensa aquí en forma objetiva observa que existe error de hecho y de derecho, pues hay una ausencia de sindicación directa, y lo único que existe es un error por el solo hecho que su patrocinada ha manifestado que efectivamente ha hecho un llenado y ese llenado se le fue entregado a la señora Marilú por órdenes de ella misma al existir un rango superior al inferior, lo que se produce en otros casos; su patrocinada debió denunciar ese hecho pero lamentablemente por mantener su cargo y por la necesidad de trabajo no lo hizo y ese es el único error, razón por la cual la defensa solicita que la sentencia venida en grado de apelación sea reformada y se absuelva a su patrocinada de todos los cargos.

Al hacer uso de su derecho de RÉPLICA, respecto a lo que dice el Ministerio Público sobre disponibilidad, en la etapa de juzgamiento no ha tenido un aporte de medios probatorios por cuanto su patrocinada en ningún momento ha percibido ese dinero, no ha tenido contacto físico con el dinero y no hay ningún testigo que diga que efectivamente le dio a su patrocinada el dinero, por lo tanto el fiscal no ha aportado una prueba idónea y fehaciente; que, en el otro extremo su patrocinada ha colaborado con la administración de justicia en la primera oportunidad que ha tenido para declarar lo ha hecho con la verdad, y por decir la verdad no puede ser sentenciada con error de tipo, y por el solo hecho de tener un proceso donde ha sido sentenciada no significa que también va a ser materia de juzgamiento por el mismo hecho, ahora bien, durante el curso del proceso su patrocinada no ha caído en contradicciones y ha dado su manifestación de forma uniforme, concreta, precisa, sin embargo la co-procesada en el juicio oral ha desconocido todo, además en autos no existe una prueba contundente que diga que efectivamente su patrocinada haya utilizado esos documentos para sacar provecho propio y que se haya apropiado de dinero.

- La señorita **FISCAL SUPERIOR,** por su parte, solicita se confirme la sentencia apelada por cuanto conforme a las pruebas actuadas en juicio oral se ha acreditado la comisión de los delitos de Peculado Doloso Agravado así como el delito de Falsificación de

Documentos y la responsabilidad de las acusadas, por cuanto se ha acreditado la calidad de funcionarias públicas por cuanto mediante Resolución de Presidencia de Directorio N° 040-2008-SBPHCO de fecha 01 de abril del 2008 se nombró a Marilú Domitila Huerta Apolinario como Sub Gerente de Actividad Económica y Comercial y mediante Resolución Directoral N° 065-95-SBPHCO-D. de fecha 15 de noviembre de 1995 se designó en el cargo de Técnica Asistente Social de la Beneficencia Pública de Huánuco a doña Olga Aponte Páucar, se ha acreditado también que ambas acusadas tenían la administración y custodia de los caudales de la Beneficencia Pública por cuanto conforme a nuestro plenario no sólo basta tener la tenencia material sino la disponibilidad, en el presente caso ambas acusadas sí lo tenían y ambas se han valido de las boletas de venta números 009034 y 09746 para apoderarse de la suma de veintiún mil nuevos soles a través del mal llenado de las boletas para posteriormente ponerles una suma inferior y no ingresar la real suma recaudada, causando un real perjuicio al Estado representado por la Beneficencia Pública de Huánuco así como a nuestros niños, y si se tiene en cuenta los artículos 45° y 46° del Código Penal la pena impuesta por la A quo se encuentra arreglada a ley más aún si se tiene en cuenta que la señora Olga Aponte Páucar tiene antecedentes por el mismo delito; también se encuentra acreditado el delito Contra la Fe Pública con la Pericia Grafo-Documentoscópico N° 96-2011 elaborado por el perito José Carrión Cabrera, así como las testimoniales brindadas en el juicio oral de Isabel Fernández Abarca, Edison Joel Martínez Morales, Alejandra Elva Rodríguez Romero, Olga Rosa Rodríguez Romero, Domingo Baltazar Jara y Pinzás y Julio Martin Alvarado Cubillus que sindican a las acusadas como las autoras del delito de Peculado Doloso.

Al hacer uso de su derecho a RÉPLICA, el Ministerio Público se reitera en lo anteriormente manifestado.

III. ACTUACIÓN PROBATORIA

Las partes apelantes no han ofrecido nueva prueba ni tampoco han solicitado la oralización de alguna actuación probatoria del juicio oral o de algún acto de investigación. No pudo darse el paso obligatorio del interrogatorio de las imputadas porque éstas no se encontraron presentes en la audiencia debido a que está en riesgo su libertad personal, por lo que su inasistencia resulta justificada, habiéndose realizado la audiencia con la sola presencia de sus abogados defensores a quienes se les reconoce, analógicamente, la representación de las imputadas y, por tanto, los derechos de intervención en todas las diligencias y ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo 79°, apartado 3, del NCPP).[1] Por lo que no existiendo ninguna actuación probatoria en la audiencia se dio por concluida la etapa probatoria, pasando a los alegatos finales. Resulta importante destacar que la Sala Penal de Apelaciones, conforme lo prescribe el artículo 425° inciso 2 del NCPP *"(...) 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"*.

[1] SALA PENAL PERMANENTE – APELACIÓN N° 02-2009 - LA LIBERTAD

En tal sentido, la Sala Penal de Apelaciones no puede ingresar a revisar la actuación probatoria que sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria, pues no se ha producido ninguna actuación probatoria de nueva prueba, que permita darle un significado probatorio distinto a la valoración hecha por el Juzgado Unipersonal.

Sin embargo, sobre el cuestionamiento hecho por la defensa de Marilú Domitila Huerta Apolinario sobre una motivación aparente e inconcurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal de Peculado Doloso y de la irresponsabilidad de su patrocinada respecto del delito de Falsificación de Documento Público; así como de la defensa de Olga Aponte Páucar sobre la irresponsabilidad de su patrocinada por no existir medios idóneos respecto de los delitos por los cuales se le ha condenado, ello merece un breve análisis a fin de determinar si efectivamente se está ante dichos supuestos que justifiquen la revocatoria o nulidad de la sentencia apelada.

IV. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CUESTIÓN DE FONDO EN LA RESPONSABILIDAD PENAL RESPECTO AL DELITO DE PECULADO DOLOSO AGRAVADO

4.1. Los cargos formulados en contra de las imputadas, según la acusación fiscal, son de que con fecha octubre del año dos mil ocho la imputada Marilú Domitila Huerta Apolinario, en su condición de Sub Gerente de Actividad Económica y Comercial de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, cobró la suma de S/. 10, 500.00 nuevos soles a Isabel Fernández Abarca por concepto de venta de nicho en vida, emitiendo la Boleta de Venta N° 0001-009034 -comprobante de pago USUARIO- de fecha 25 de octubre del 2010 a nombre de dicha persona, sin embargo en el comprobante de pago del EMISOR de la misma boleta se consignó como fecha 22 de octubre del 2008 y la cantidad de cincuenta nuevos soles, consignándose además como cliente a la persona de Cerila Tolentino Aróstegui quien no figura en los registros de RENIEC, procediendo a depositar a las arcas de la institución pública agraviada sólo la suma de cincuenta nuevos soles y apropiándose del monto de diez mil quinientos nuevos soles. Asimismo en cuanto a la participación de la imputada Olga Aponte Páucar, Cajera de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, se tiene que ésta ha efectuado el llenado del documento Boleta de Venta número 001-009034 correspondiente a EMISOR, obviando el llenado del rubro USUARIO y consignando en EMISOR a una persona que no existe, por lo que tenía pleno conocimiento del hecho ilícito toda vez que han actuado en consenso de voluntades.

Asimismo, con fecha **noviembre del año 2009**, de igual forma la acusada Marilú Domitila Huerta Apolinario con fecha 13 de Noviembre del año 2009 se ha apropiado de dinero cuya percepción le fue confiada por razón de su cargo, siendo el caso que cobró la suma de S/. 10,500.00 nuevos soles a las personas de Elva Rodríguez Romero y Rosa Rodríguez Romero, por concepto de venta de nicho adulto en vida a favor de Celestino Rodríguez Ramos, emitiendo la Boleta de Venta N° 0001-009746 -comprobante de pago **USUARIO**- de fecha 13 de Noviembre del 2009 a nombre de dichas personas, cuando en el comprobante de pago EMISOR de la misma boleta se consignó como fecha 03 de Noviembre del 2009 en la sola cantidad de S/. 190.00 nuevos soles, consignándose además como cliente a la persona de Julio Martín Alvarado Cubillus, a quien sólo se le ha entregado una copia fotostática fedateada de dicha boleta, en la cual no aparece la parte donde se consigna los rubros de EMISOR y/o USUARIO, es decir que a sabiendas que ambas boletas debían ser emitidas en un solo acto, efectuó el llenado de la Boleta de Venta numero 0001-

009746 – USUARIO-, en tiempo distinto al rubro consignado en EMISOR, procediendo a depositar en las arcas de la institución únicamente la cantidad de ciento noventa nuevos soles, apropiándose ilícitamente de la suma de S/. 10,500.00 nuevos soles. Asimismo en cuanto a la participación de la acusada Olga Aponte Páucar, Cajera de la Beneficencia Pública de Huánuco ésta tenía pleno conocimiento y participación en el hecho ilícito, tanto más si como Cajera se encontraba obligada a emitir los comprobantes de pago en juego de cuatro ejemplares, sin embargo al actuar en común acuerdo con su co-imputada Marilú Domitila Huerta Apolinario no rellenaron en un mismo momento los cuatro ejemplares de la Boleta de Venta número 0001-009746, dejando el que correspondía a USUARIO para el rellenarlo más adelante a nombre de Elva y Rosa Rodríguez Romero, dicho dinero. Asimismo, en cuanto al primer hecho, esto es, de la venta de un nicho en vida a la señora Isabel Fernández Abarca, la imputada Marilú Domitila Huerta Apolinario entregó a dicha clienta un recibo provisional con fecha 18 de Diciembre 2008 donde consta el pago de S/. 15,000.00 nuevo soles, suma con la cual debía adquirirse dos nichos, pero como quiera que la imputada exigía un reembolso de S/. 6,000.00 nuevos soles por la compra de dos nichos, la señora Isabel Fernández Abarca optó por la compra de un solo nicho, procediendo la imputada en mención a devolver la suma de S/. 4,500.00 nuevos soles a dicha cliente, haciéndole entrega de la Boleta de Venta numero 001-009034 -comprobante de pago USUARIO- por la suma de S/. 10,500.00 nuevos soles, reservando dichos nichos con la presentación del referido recibo provisional, conforme lo señala el responsable del Cementerio Domingo Baltazar Jara.

Siendo así, las acusadas no sólo se habrían apoderado de los montos de dinero señalados en perjuicio del Estado, sino que al rellenar los recibos comprobante de pago, también habrían hecho en todo documentos falsos como son las Boletas de Venta números 0001-009034 y 0001-009746 correspondientes al USUARIO.

4.2. El tipo penal del injusto en el delito de **PECULADO DOLOSO,** de acuerdo a la modalidad imputada en la acusación, exige la concurrencia de los siguientes elementos: **1)** la calidad de funcionario o servidor público del agente o imputado; **2)** la preexistencia de los caudales o efectos; **3)** la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos que por razón de su cargo le estén confiados; y, **4)** el acto de apropiación o utilización en cualquier forma, para sí o para otro de tales caudales.

Con respecto al delito de Peculado doloso, el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, de las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, ha precisado que: *"6. (...) Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal:* ***a)*** *garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y* ***b)*** *evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad".*

La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: **apropiar o utilizar**, los mismos que deben contener los elementos antes descritos para su configuración.

4.3. De acuerdo a lo precisado en los alegatos de apertura del plenario, a los fundamentos de la apelada, como a los fundamentos de las impugnaciones planteadas por la defensa de las imputadas, así como el debate producido en la audiencia de apelación, sobre los hechos que sustentan la acusación, se aprecia que no existe mayor controversia sobre los dos primeros elementos antes mencionados.

4.4. Así, respecto a la condición de ***funcionario o servidor público*** de las imputadas, ésta condición ha sido reconocida por las propias imputadas al prestar declaración en el plenario de primera instancia, precisando doña Marilú Domitila Huerta Apolinario que se desempeñaba como Sub Gerente de Actividad Económica y Comercial de la Sociedad de Beneficencia de Huánuco desde el mes de Abril del año 2008 al 30 de Noviembre del 2010, y doña Olga Aponte Páucar en el área de Tesorería de la misma entidad desde el año 2006 hasta el 30 de Noviembre del 2009, lo que además se halla corroborado con la Resolución de Presidencia de Directorio N° 040-2008-SBPHCO de fecha 01 de abril del 2008 y Resolución Directoral N° 065-95-SBPHCO-D. de fecha 15 de noviembre de 1995, respectivamente.

4.5. Respecto a la ***preexistencia de caudales o bienes*** a los que se refiere la acusación, esto es, los veintiún mil nuevos soles, la testigo Isabel Fernández Abarca ha declarado en el plenario que se acercó a la Beneficencia Pública a fin de comprar dos nichos, siendo atendida por una señora que se identificó como Marilú quien le manifestó que el nicho costaba S/. 10.500.00 cada uno y debería pagar S/. 22,000.00 y como le refirió que el precio era muy caro, esta persona le dijo que podría pagarle en partes, llevando poco a poco sumas de dinero, luego volvió a la Beneficencia y pagó S/. 10,500.00 por concepto de nicho a la señora Marilú y ésta le entregó un papel simple con sello redondo donde decía ser un recibo por el pago referido; asimismo, las testigos Alejandra Elva Rodríguez Romero y Olga Rosa Rodríguez Romero refieren haber ido juntas a la Beneficencia en el mes de Abril del dos mil nueve, con la finalidad de comprar un nicho en vida para su padre al costado de su mamá, donde les atendió la señora Olga Aponte y les mandó a la Administración para conversar si era factible que les podrían vender un nicho en vida, por lo que fueron a conversar con la señora Marilú quien les aceptó la venta en tres partes del nicho en vida, costando el triple del precio actual que era la suma de S/. 10,500.00, indicándoles que se acercaran a Tesorería para pagar, es así que en ese mismo día hicieron el pago de S/. 5,000.00 nuevos soles a la señora Olga Aponte, luego le llevaron la suma de S/. 4,000.00, efectuando un tercer pago de S/. 1,500.00, siendo que primero hicieron presente a la Administradora y luego le entregaron a la señora Olga, solicitando que les dé una Boleta membretada, llegando a canjear la boleta con fecha trece de Noviembre. El dinero que refieren las testigos, se aprecia que además se halla consignado en las Boletas de Venta números 0001-009034 USUARIO de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco a nombre de Isabel Fernández Abarca por S/. 10,500.00 y 0001-009746 USUARIO a nombre de Elva y Rosa Rodríguez Romero por S/. 10,500.00, ascendiendo ambas boletas a la suma de S/. 21,00.00 nuevos soles, monto que no ha sido ingresado al caudal del Estado.

4.6. Si bien los elementos anteriores no han resultado de mayor objeción o controversia, si lo han sido el tercer y cuarto elementos, esto es, los referidos a la existencia de una ***relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos que por razón de su cargo fueron confiados al imputado*** y, el referido al acto de ***apropiación o utilización en cualquier forma, para sí o para otros de tales caudales.*** En tal sentido, conforme al contexto de los hechos y elementos aportados al debate, para establecer si estos elementos concurren en los hechos, el Colegiado aprecia lo siguiente:

a) En principio, en el extremo de la *relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos que por razón de su cargo le estén confiados*, este Colegiado estima que la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor público debe basarse en el ámbito de competencia del cargo determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía; en este sentido, la imputada Marilú Domitila Huerta Apolinario ha señalado que de acuerdo a su cargo de Sub Gerente de Actividad Económica y Comercial de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco le correspondía dirigir, crear políticas de venta, marquetear productos que ofrece la Beneficencia, velar por la imagen del Cementerio General, Centro Declerck, proponer tarifas de venta, mejorar el servicio comercial que ofrecen y que la actividad comercial consistía en gerenciar como un negocio y la venta de nichos se hacía ante la Oficina de Tesorería; asimismo el artículo 30° del Reglamento de Organización y Funciones de la citada institución, aprobado mediante Resolución Presidencia de Directorio N° 072-2007-SBPHCO de fecha 22 de Mayo del 2007, señala: *"La Sub Gerencia de Actividad Económica y Comercial, es el órgano de Linea de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, encargado de planificar, organizar, dirigir, supervisar y evaluar la administración del Cementerio General "Augusto Figueroa Villamil", Servicios Funerarios y el Centro de Rehabilitación y Revalidación Oscar Declercq Caus de la Institución, para generar recursos económicos mediante el aprovechamiento racional eficaz y eficiente de los mismos y gestión empresarial, obtener recursos económicos financieros que sustenten el cumplimiento de los fines asistenciales de la Sociedad (...)"*; del mismo modo el artículo 31° literal b) señala: *"Las funciones de la Sub Gerencia de Actividad Económica y Comercial son: (...) b) Planificar, organizar, dirigir, controlar, evaluar y ejecutar las actividades en la gestión administrativa del Cementerio General, Servicio Funerario y Centro de Rehabilitación y Revalidación"*; a su vez el artículo 32° señala: *"(...) El área de Cementerio es el órgano encargado de generar recursos directamente recaudados"*; del mismo modo el Manual de Organización y Funciones (MOF-2007) de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco en el punto 5.2.1 sobre las Funciones de Sub Gerencia de Actividad Económica y Comercial indica: *"(...) d) Impulsar la maximización de los ingresos a través de técnicas de marketing y Políticas de Ventas. (...) j) Dirigir, coordinar y controlar las actividades que desarrolla el Cementerio General y Servicios Funerarios. k) Realizar trámites por Gastos de sepelio ante ESSALUD, por los servicios funerarios que brinda la Institución. (...) m) Elaborar información estadística de los ingresos, egresos y ventas para dar cuenta periódica a la Gerencia General y demás órganos competentes"*; de lo que resulta claro que respecto a esta imputada concurre el elemento en referencia, pues el dinero

ingresado por la venta de nichos se hallaba bajo su poder la administración, custodia y/o tenía la responsabilidad de supervisar los recursos económicos.

Respecto a la imputada Olga Aponte Paúcar, ésta ha señalado que se desempeñaba en el Área de Tesorería y que sus funciones eran de atender al público, hacer cobranzas y entregar las boletas de venta en juego de cuatro unidades EMISOR, TESORERIA, CEMENTERIO y USUARIO; asimismo el artículo 27° del Reglamento de Organización y Funciones de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco establece que: *"La Unidad de Tesorería, es el órgano encargado de programar, coordinar y ejecutar la recaudación y utilización de los recursos propios y otras fuentes de ingreso (...), depende jerárquicamente del Jefe de la Oficina de Administración General, (...)"*; igualmente el Manual de Organización y Funciones (MOF-2007) de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco respecto a las Funciones Específicas del cargo de Cajero I señala, entre otros: *"-Recibir la cobranza por diversos conceptos y emitir los Recibos de Caja según formato; -Elaborar informes diarios sobre la recaudación de ingresos"*, y en cuanto a la línea de dependencia indica que *"Depende del Director de la Oficina de Administración"*; de lo que igualmente resulta evidente que en cuanto a esta procesada concurre también el elemento materia de análisis, tanto más si era la encargada de percibir directamente los ingresos y dar cuenta de los mismos.

b) De otro lado, en el extremo referido al cuarto elemento, esto es, el acto de *apropiación o utilización en cualquier forma, para sí o para otro de tales caudales*; en el caso particular, si las acusadas se han apropiado para sí o para tercero de los veintiún mil nuevos soles, del Informe Especial numero 001-2011-SBPHCO /OCI-J denominado Informe Especial a la Sub Gerencia de Actividad Económica y Comercial de la Sociedad de Beneficencia Pública, emitido por la Oficina de Auditoría Interna, se desprende que las imputadas antes mencionadas no han declarado ni registrado los ingresos por la compra venta a través de la emisión de las boletas de venta USUARIOS a la entidad, con la obligación de resarcir a la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, recomendándose el inicio de las acciones legales que correspondan; lo que se encuentra corroborado además con las declaraciones de la testigo Isabel Fernández Abarca quien al declarar en el plenario de primera instancia indica que se acercó a la Beneficencia Pública a fin de comprar dos nichos, siendo atendida por una señora que se identificó como Marilú quien le manifestó que el nicho costaba S/. 10.500.00 cada uno y debería pagar S/. 22,000.00 y como le refirió que el precio era muy caro, esta persona le dijo que podría pagarle en partes, llevando poco a poco sumas de dinero, luego volvió a la Beneficencia y pagó S/. 10,500.00 por concepto de nicho a la señora Marilú y ésta le entregó un papel simple con sello redondo donde decía ser un recibo por el pago referido; y de las testigos Alejandra Elva Rodríguez Romero y Olga Rosa Rodríguez Romero quienes refieren haber ido juntas a la Beneficencia en el mes de Abril del dos mil nueve, con la finalidad de comprar un nicho en vida para su padre al costado de su mamá, donde les atendió la señora Olga Aponte y les mandó a la Administración para conversar si era factible que les podrían vender un nicho en vida, por lo que fueron a conversar con la señora Marilú quien les aceptó la venta en tres partes del nicho en vida,

costando el triple del precio actual que era la suma de S/. 10,500.00, indicándoles que se acercaran a Tesorería para pagar, es así que en ese mismo día hicieron el pago de S/. 5,000.00 nuevos soles a la señora Olga Aponte, luego le llevaron la suma de S/. 4,000.00, efectuando un tercer pago de S/. 1,500.00, siendo que primero hicieron presente a la Administradora y luego le entregaron a la señora Olga, solicitando que les dé una Boleta membretada, llegando a canjear la boleta con fecha trece de Noviembre; dinero que, igualmente se aprecia que se halla consignado en las Boletas de Venta números 0001-009034 USUARIO de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco a nombre de Isabel Fernández Abarca por S/. 10,500.00 y 0001-009746 USUARIO a nombre de Elva y Rosa Rodríguez Romero por S/. 10,500.00, ascendiendo ambas boletas a la suma de S/. 21,00.00 nuevos soles, monto de dinero que no ha sido ingresado al caudal del Estado; de lo que queda evidenciada su apropiación indebida por parte de las imputadas, las mismas que han actuado concertadamente.

c) Finalmente, es del caso acotar que constituye ***circunstancia agravante*** del delito de Peculado Doloso si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social, conforme al artículo 387° -segundo párrafo de Código Penal. Al respecto el Reglamento de la Actividad Económica y Comercial de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, aprobado mediante Resolución Presidencia de Directorio Nº 0100-2004-SBPHCO de fecha 11 de Agosto del 2004 en su artículo 2º señala: *"La Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco realiza las actividades comerciales con la finalidad de obtener recursos económicos para cubrir los requerimientos presupuestales de las actividades de apoyo social"*; asimismo en su artículo 4º indica que se define como *actividad comercial*, la venta o alquiler de bienes o servicios que no son suministrados en exclusividad por las Entidades del Sector Público, independientemente de que sean o no producidos por la misma Entidad y que generalmente se brinda en condiciones de competencia con el sector privado; y, por *actividad de apoyo social* la actividad que permite cumplir con los objetivos institucionales de atención a los niños, adolescentes, discapacitados, mujeres y adultos mayores indigentes; acotando igualmente en su artículo 7º que *"La actividad comercial que realiza la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco corresponde a las ventas de bienes: ataúdes, mortajas, nichos, mausoleos, osarios y prestación de servicios funerarios, así como los servicios asistenciales sujetos a una retribución económica por los usuarios"*. Por su parte, el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huanuco en su ya citado artículo 30º señala: *"La Sub Gerencia de Actividad Económica y Comercial, es el órgano de Línea de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, encargado de planificar, organizar, dirigir, supervisar y evaluar la administración del Cementerio General "Augusto Figueroa Villamil", Servicios Funerarios y el Centro de Rehabilitación y Revalidación Oscar Declercq Caus de la Institución, para generar recursos económicos mediante el aprovechamiento racional eficaz y eficiente de los mismos y gestión empresarial, obtener recursos económicos financieros que sustenten el cumplimiento de los fines asistenciales de la Sociedad (...)"*. Igualmente, el Manual de Organización y Funciones (MOF) de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco en su Título II -Del Diseño numeral III (Objetivos), señala que *"La Sociedad de beneficencia Pública de Huánuco tiene como: Objetivo Específico 1*

Brindar atención social integral en la prevención de seguridad, salud, vivienda, alimentación, educación y promoción al menor en abandono moral y/o precariedad económica: Comprende niños de 0 a 17 años, niñas adolescentes.(...) Objetivo Específico 3 Generar recursos económicos y financieros de acuerdo a los bienes patrimoniales y servicios que brinda en su propiedad, los mismos que serán utilizados par financiar la asistencia social orientada a los niños y niñas albergados en el Hogar para niños "Santa María de Guadalupe" propiedad de la Institución".

En tal sentido queda configurada la citada **agravante** del delito de Peculado Doloso por cuanto el dinero indebidamente apropiado por las imputadas, ascendente a la suma de S/. 21,00.00 nuevos soles producto de la venta de dos nichos en vida en el Cementerio General "Augusto Figueroa Villamil" de Huánuco, que no ha ingresado a las arcas del Estado -Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, y cuya percepción estaba confiada a sus personas por razón de su cargo, **estaba destinado para fines asistenciales de programas de apoyo social.**

V. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CUESTIÓN DE FONDO EN LA RESPONSABILIDAD PENAL RESPECTO AL DELITO DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

5.1. El delito de Falsificación de Documentos se configura en un **primer supuesto** cuando el comportamiento del sujeto activo consiste en: a) Hacer en todo o en parte un documento falso, entendiéndose en este punto la creación de un documento que no existía anteriormente donde se va a hacer constar derechos, obligaciones o hechos que no corresponden con el contenido cierto que en el documento debía constar y, b) Adulterar uno verdadero; y en un **segundo supuesto**: cuando hace uso del documento falso o falsificado como si fuese legítimo.

Este tipo penal exige como elemento objetivo la posibilidad de perjuicio o perjuicio material de documento, lo que le erige como un delito de peligro. El delito de falsificación de documentos es eminentemente doloso, por lo que el agente activo deberá actuar con voluntad y conocimiento de todos los elementos constitutivos del tipo, como son la elaboración o adulteración en todo o en parte de un documento público y privado de cuyo uso se puede derivar perjuicio; así como de que hace uso de un documento falso o falsificado como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio; debiendo dicho perjuicio trascender el propio menoscabo de la fe pública, el mismo que debe ser entendido como la trasgresión potencial de otros bienes jurídicos.

5.2. En el caso de autos se tiene que, con fecha 22 de Octubre del año 2008 las acusadas Olga Aponte Páucar y Marilú Domitila Huerta Apolinario, expidieron la Boleta de Venta Nº 0001-009034 EMISOR – TESORERIA de la Sociedad de Beneficencia Pùblica de Huanuco por el monto de S/. 50.00 nuevos soles, por concepto de mortaja a nombre de Cerila Tolentino Arostegui, persona ésta que no figura en la base de datos de RENIEC, obviando rellenar en ese mismo acto la copia correspondiente al **USUARIO,** la misma que rellenaron posteriormente con fecha 25 de Febrero del 2010 a nombre de Isabel Fernández Abarca, por concepto de venta de nicho en vida por el monto de S/. 10,500.00 nuevos soles, apoderándose así de esta última suma de dinero ya que no ingresó a las arcas de la institución pública del Estado, apareciendo registrado sólo el ingreso de la suma de S/. 50.00 nuevos soles, hecho que se encuentra corroborado con la propia Boleta de Venta Nº 0001-009034 EMISOR y copia USUARIO que obra en autos, de las que se aprecia que

difieren en todo su contenido, así como con declaración de la citada Isabel Fernández Abarca, quien al declarar en el plenario de primera instancia refiere que se acercó a la Beneficencia Pública a fin de comprar dos nichos, siendo atendida por una señora que se identificó como Marilú quien le manifestó que el nicho costaba S/. 10.500.00 cada uno y debería pagar S/. 22,000.00 y como le refirió que el precio era muy caro, esta persona le dijo que podría pagarle en partes, llevando poco a poco sumas de dinero, luego volvió a la Beneficencia y pagó S/. 10,500.00 por concepto de nicho a la señora Marilú y ésta le entregó un papel simple con sello redondo donde decía ser un recibo por el pago referido; igualmente el testigo Edison Joel Martínez Morales reconoce a la imputada Marilú Domitila Huerta Apolinario como la persona a quien le reclamó en la misma Beneficencia Pública de Huánuco para que entregue a su abuela Isabel Fernández Abarca un recibo con formato de la Beneficencia Pública por la compra de dos nichos en vida en vez de un recibo provisional.

Igualmente, se tiene que con fecha 03 de Noviembre del 2009 las acusadas de común acuerdo expidieron la Boleta de Venta Nº 0001-009746 EMISOR – TESORERIA de la Sociedad de Beneficencia Pública por el monto de S/. 190.00 nuevos soles a nombre de Julio Martín Alvarado Cubillus, por concepto de venta de nicho para feto, fecha en la cual igualmente obviaron rellenar en el mismo acto el juego completo con la copia correspondiente al USUARIO, la misma que también fue rellenada posteriormente con fecha 13 de Noviembre del 2009 y a nombre de Elva y Rosa Rodríguez Romero por concepto de venta de nicho en vida por el monto de S/. 10,500.00 nuevos soles, hecho que es corroborado con la referida copia de comprobante de pago que obra en autos, la que cotejada a simple vista con el original y copia para Tesorería se advierte que difieren totalmente en su contenido, así como con la propia declaración de la imputada Olga Aponte Páucar, quien refirió que ella tipeó (rellenó) las boletas de usuario por indicación de Marilú Domitila Huerta Apolinario; aunado a ello la declaración de las testigos Alejandra Elva Rodríguez Romero y Olga Rosa Rodríguez Romero quienes refieren uniformemente haber ido juntas a la Beneficencia en el mes de Abril del dos mil nueve, con la finalidad de comprar un nicho en vida para su padre al costado de su mamá, donde les atendió la señora Olga Aponte y les mandó a la Administración para conversar si era factible que les podrían vender un nicho en vida, por lo que fueron a conversar con la señora Marilú quien les aceptó la venta en tres partes del nicho en vida, costando el triple del precio actual que era la suma de S/. 10,500.00, indicándoles que se acercaran a Tesorería para pagar, es así que en ese mismo día hicieron el pago de S/. 5,000.00 nuevos soles a la señora Olga Aponte, luego le llevaron la suma de S/. 4,000.00, efectuando un tercer pago de S/. 1,500.00, siendo que primero hicieron presente a la Administradora y luego le entregaron a la señora Olga, solicitando que les dé una Boleta membretada, llegando a canjear la boleta con fecha trece de Noviembre.

Que ambos hechos antes descritos además se encuentran corroborados con la declaración testimonial de Juana Felicita Tapia Romero, quien en el juicio oral de primera instancia señaló que ingresó un recibo numero 9746 por la suma de ciento noventa nuevos soles y el recibo numero 9034 por la suma de cincuenta nuevos soles y que cuando se emitieron dichos recibos se encontraba como Tesorera la señorita Olga Aponte Páucar y la señora Marilú suplía eventualmente a la señorita Olga para verificar los billetes que ingresaban y su autenticidad; igualmente con la declaración testimonial de Rhoda Mirtha

15
Laguna Moreno, quien señaló ser Contadora y que se evidenció la venta de dos nichos que habían sido utilizadas con un emisor consignando datos diferentes del usuario, es decir con un mismo comprobante de pago la Beneficencia ha prestado dos servicios, ascendiendo al monto de S/. 21,000.00, y que la Boleta de Venta Nº 0001-Nº 009034 EMISOR fue rellenada el 22 de Octubre del 2008 como primer acto, posteriormente el documento Boleta de Venta 0001-Nº 009034 USUARIO fue rellenado el 25 de Febrero del 2010 como segundo acto y que la autoría material recae en Marilú Domitila Huerta Apolinario y la co-autoría sobre dicho documento en el rubro USUARIO recae sobre Olga Aponte Páucar por haber efectuado la Boleta de Venta 0001-Nº 009034 EMISOR como primer acto, obviando el documento de Boleta de Venta 0001-Nº 009034 USUARIO, asimismo la Boleta de Venta Nº 0001-Nº 009746 EMISOR fue rellenada el 03 de Noviembre del 2009 como primer acto, posteriormente el documento de Boleta de Venta 0001-Nº 009746 USUARIO fue rellenado el 13 de Noviembre del 2009 como segundo acto, recayendo la autoría material de la Boleta de Venta 0001-Nº 009746 USUARIO sobre Marilú Domitila Huerta Apolinario y la co-autoría sobre dicho documento USUARIO en Olga Aponte Páucar en su condición de Cajera. Finalmente, con las declaraciones testimoniales de Domingo Baltazar Jara y Pinzas, trabajador del Cementerio General "Augusto Figueroa Villamil" de Huànuco, quien señaló que reservó nichos en el Pabellón San Daniel Comboni ya que le entregaron un recibo provisional, confirmando vía telefónica con Tesorería cuya encargada era la señora Olga Aponte en ese tiempo, y de Julio Martín Alvarado Cubillus quien ha referido que el día Domingo 01 de Noviembre del 2009 a horas 08:30 am. se dirigió al cementerio para comprar un nicho, siendo atendido por una señora que le vendió el nicho a S/. 190.00 nuevos soles y le entregó un recibo simple por dicha venta manifestándole que al día siguiente se acercara a las Oficinas de la Beneficencia para realizar el canje por la Boleta de Venta por lo que regresó al día siguiente siendo atendido en la Tesorería por una mujer de lentes a quien le dejó una copia del recibo, y tras volver varias veces nuevamente concurrió a la Beneficencia Pública el nueve de Marzo donde le dieron una copia fedateada de la Boleta de Venta, no pudiendo reconocer a la persona que le entregó dicha Boleta en la Oficina de Tesorería en horas de la mañana.

Obra también en autos el Dictamen Pericial Grafo-Documentoscópico N° 96-2011 de fecha 27 de setiembre del 2011, suscrito por el Perito Grafotécnico José L. Carrión Cabrera, de cuyas conclusiones se desprende: A) Que la Boleta de Venta de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, N° 0001-009034 a nombre de Isabel Fernández Abarca, por el monto de S/. 10,500.00 nuevos soles, de fecha 25 de febrero del 2010, correspondiente a USUARIO, ha sido tipeada (rellenada) con la máquina de escribir marca "OLIVETTI" con número de inventario 142243310006/01; B) Que la Boleta de Venta de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, N°0001-009746 a nombre de Elva y Rosa Rodríguez Romero, por el monto de S/. 10,500.00 nuevos soles, de fecha 13 de noviembre del 2009, correspondiente a USUARIO, ha sido tipeada (rellenada) con la máquina de escribir marca "FACIT" con número de inventario 742243310004 del 2010; C) Que la firma y texto manuscrito trazado en recibo por S/. 190.00 nuevos soles, entregado al señor Julio Martín Alvarado Cubillus, por la compra de un nicho de párvulo, con fecha: Huanuco, 01 de Noviembre del 2009; **son auténticas y corresponden al puño gráfico de Marilú Domitila Huerta Apolinario;** es decir ejecutadas por su titular; D) Que la rúbrica cuestionada, trazada en el sello redondo, ubicado en la parte inferior de la Boleta de Venta N° 0001-009746, de

16 folios

la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco; se ha verificado notables divergencias gráficas, que permiten determinar que no provienen del puño gráfico de Marilú Domitila Huerta Apolinario, ni de Olga Aponte Páucar; y, E) Que las estampaciones de los sellos redondos ubicados en la parte inferior de las Boletas de Venta N° 0001-009034 de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, a nombre de Isabel Fernández Abarca, por el monto de S/. 10,500.00 nuevos soles, de fecha 25 de Febrero del 2010, correspondiente a USUARIO, y N° 0001-009746 de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, a nombre de Elva y Rosa Rodríguez Romero, por el monto de S/. 10,500.00 nuevos soles, de fecha 13 de Noviembre del 2009, correspondiente a USUARIO; **son auténticos, es decir, pertenecen a la matriz del sello redondo de la Tesorería de la institución antes nombrada**.

Asimismo, del Acta Fiscal de Inspección y Verificación realizada en las instalaciones de la Beneficencia Pública de Huánuco, que obra de fojas cuatrocientos ochenta y tres a cuatrocientos ochenta y cinco de la carpeta judicial, se desprende que la máquina de escribir marca OLIVETTI con número de inventario 742243310006 fue ubicada en la Oficina de Tesorería y la máquina de escribir marca FACIT con número de inventario 742243310004/10 en la oficina de la Sub Gerencia de Actividad Económica y Comercial, así también se describe la ubicación de las referidas oficinas así como el acceso a ellas.

Igualmente, obran en el expediente judicial las Boletas de Venta en original de la Beneficencia Pública de Huánuco correspondientes al EMISOR N° 0001-009081, N°0001-009259, N° 0001-009004, N° 0001-008822, N° 0001-009197, N° 0001-009256, N° 0001-009065, N° 0001-009646, N° 0001-009710, N° 0001-009690, N° 0001-009711, N° 0001-009259, N° 0001-009004, N° 0001-008822, N° 0001-009179, N° 0001-009256, N° 0001-009583, N° 0001-009646, N° 0001-009710, N° 0001-009690 y N° 0001-009711, correspondientes a los años 2008 y 2009, expedidas y cobradas por diversos montos por la imputada Marilú Domitila Huerta Apolinario, apareciendo en algunos solamente su firma y en otros su firma y post firma y en la mayoría su firma y sello redondo de Tesorería a un costado de la misma; asimismo el original de la Boleta de Venta N° 0001-009746 correspondiente al EMISOR y TESORERÍA, expedida a nombre de Julio Martín Alvarado Cubillus por S/. 190.00 por concepto de nicho, en el Pabellón "Espíritu Santo Párvulo" vertical 6, horizontal 50 para inhumar restos de feto NN de fecha 03 de Noviembre del 2009; del mismo modo el original de Recibo escrito a puño y letra por S/. 190.00 expedido a favor de Julio Martín Alvarado Cubillus, de fecha 01 de Noviembre del 2009 (fojas 276 del expediente judicial).

5.3. De todo lo precedentemente expuesto queda pues evidenciada plenamente la responsabilidad de las imputadas en el delito de Falsificación de Documentos, las mismas que con la finalidad de apoderarse de dicho monto de dinero y perjudicar al Estado, han rellenado en todo las aludidas copias de las Boletas de Venta –USUARIO Nº 0001-009034 y 0001-009746, consecuentemente han hecho en todo documentos falsos, para lo cual actuaron concertadamente, quedando claro que doña Olga Aponte Páucar como Cajera de la Beneficencia Pública de Huánuco tuvo pleno conocimiento y participación en el hecho ilícito, tanto más si como Cajera se encontraba obligada a emitir los comprobantes de pago en juego de cuatro ejemplares, sin embargo al actuar en común acuerdo con su co-mputada Marilú Domitila Huerta Apolinario no rellenaron en un mismo momento los cuatro ejemplares de las Boletas de Venta Nº 0001-009034 y 0001-009746, dejando las

copias que correspondían a USUARIO para rellenarlas más adelante con datos distintos al original; documentos éstos que al ser expedidos por una institución pública del Estado que es la Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, constituye documento público.

Que, los demás argumentos esbozados por las imputadas Marilú Domitila Huerta Apolinario y Olga Aponte Páucar, es decir su negativa de haber tenido participación en los hechos que les imputa, así como los de su defensa técnica expresados en la audiencia de apelación, constituyen meros argumentos de defensa con el fin de evadir su responsabilidad penal, la que por el contrario ha quedado plenamente establecida con las pruebas indicadas, mediante las cuales también se ha acreditado la comisión de los delitos de Peculado Doloso Agravado y Falsificación de Documento Público por parte de las mismas, pues como es de apreciarse de lo antes señalado, su conducta ha estado dirigida a falsificar documentos para con ello viabilizar la apropiación indebida de los caudales del Estado, aprovechando sus cargos.

Consecuentemente, de todo lo expresado precedentemente, el Colegiado considera que se mantiene la valoración realizada por la Juzgadora, para concluir en la participación de las sentenciadas en los hechos.

V. DE LA PENA Y REPARACIÓN CIVIL

La determinación de la pena ha sido graduada adecuadamente, atendiendo a la personalidad de las imputadas. Asimismo, la reparación civil se ha fijado atendiendo al monto acreditado y no recuperado, más la indemnización del perjuicio, habiendo la A quo ponderado adecuadamente las circunstancias del caso en concreto, y no habiéndose discutido esas materias, no cabe en esta instancia reformar de modo alguno la decisión en estos extremos, por lo que sólo queda confirmar la sentencia apelada.

VII. COSTAS

En cuanto a la apelación formulada por las sentenciadas, el Colegiado considera que las impugnaciones formuladas han contenido argumentos razonables de discusión y decisión por esta instancia, por lo que nos permite decidir por la exención de las costas, conforme lo señala el artículo 497.3 del NCPP.

VIII. MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

Que, finalmente, respecto a la motivación aparente que alega la defensa técnica de la imputada Marilú Domitila Huerta Apolinario y que contendría la sentencia apelada, es del caso señalar que la garantía procesal específica de la motivación, integra a su vez la garantía procesal de la tutela jurisdiccional y toda decisión jurisdiccional de primera y de segunda instancia debe ser fundada en derecho y congruente, es decir -en lo que interesa al presente recurso-, ha de estar motivada mediante un razonamiento jurídico que exprese de modo claro y que permita entender el por qué de lo resuelto -basta con que se exprese o explique las razones jurídicas en que se apoya para adoptar su decisión sin entrar a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte-. Esto no significa que el Juez deba evacuar un fallo ampuloso o extenso, pues, como ya lo ha precisado el Tribunal Constitucional en anterior pronunciamiento *"...La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se*

respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si ésta es breve o concisa (...) Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver..." (STC 230-2002-HC/TC).

En tal sentido, analizados los fundamentos de la sentencia venida en grado se advierte que la Juez de la causa en el camino a la conclusión a la que ha arribado, ha explicitado y exteriorizado las circunstancias fácticas, probatorias y jurídicas que le permitieron llegara dicha conclusión, yen tal virtud que la sentencia recurrida cuente con la debida motivación constitucionalmente exigible, en tanto que se ha efectuado una debida apreciación de los hechos objeto de acusación y se ha compulsado adecuadamente la prueba actuada, por lo que la sentencia condenatoria dictada por la A quo se encuentra arreglada a Ley y al Derecho.

VII. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huanuco, administrando justicia a nombre de la nación, decide:

I. **DECLARAR** INFUNDADOS los recursos de apelación formulados por las imputadas Marilú Domitila Huerta Apolinario y Olga Aponte Páucar a fojas trescientos sesenta y seis y siguientes y trescientos cincuenta y cinco y siguientes, respectivamente.

II. **CONFIRMAR** la sentencia del cuatro de abril del dos mil doce, que va de fojas doscientos noventa y cuatro a trescientos veintinueve, que falla **CONDENANDO** a las acusadas **MARILÚ DOMITILA HUERTA APOLINARIO y OLGA APONTE PÁUCAR**, como co-autoras del delito Contra la Administración Pública – Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos en su modalidad de **PECULADO DOLOSO AGRAVADO,** delito previsto y penado por el segundo párrafo del artículo 387° del Código Penal, concordante con el primer párrafo del citado artículo del Código Penal modificado por la Ley número 26198 y por el delito Contra la Administración Pública en su modalidad de **FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO,** delito previsto y penado en el primer párrafo – primera parte – del artículo 427° del Código Penal, concordante con el artículo 23° del Código Penal, en agravio del Estado – Sociedad de Beneficencia Pública de Huánuco, y les impone **SEIS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD efectiva; ORDENA la UBICACIÓN y CAPTURA** a nivel nacional de las sentenciadas; asimismo les **IMPONE** la pena de **SETENTA DÍAS – MULTA** a razón del veinticinco por ciento de sus haberes a favor del Estado, e **INHABILITACIÓN** por el término de **DOS AÑOS**, conforme al artículo 36° incisos 1 y 2 del Código Penal, de conformidad con el artículo 426° y 432° del Código Penal; **FIJA** en **VEINTISEIS MIL NUEVOS SOLES** el monto que por concepto de **REPARACION CIVIL** deberán abonar las sentenciadas a favor de la parte agraviada en forma solidaria. Con lo demás que contiene.

III. **SIN COSTAS** para las impugnantes.

IV. **ORDENAR** que consentida sea la presente se devuelvan los autos al Juzgado de procedencia, para los fines pertinentes,

Juez Superior Director de Debates: Ninaquispe Chávez.

Srs:
Ninaquispe Chávez
Cornelio Soria
Urdánegui Basurto

PROCEDE: LA UNIÓN

SALA PENAL DE APELACIONES - Sede Central
EXPEDIENTE : 00209-2014-33-1201-SP-PE-01
ESPECIALISTA : JULIO RYGNNER CHÁVEZ LOARTE
MINISTERIO PUBLICO : FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE DOS DE MAYO
PROCURADOR PUBLICO : PROCURADOR PUBLICO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR
IMPUTADO : CALDERÓN HILARIO, AMADO
DELITO : ROBO AGRAVADO
LUNA HUAMÁN, MEINEL MAX
DELITO : FABRICACIÓN, SUMINISTRO O TENENCIA ILEGAL DE ARMAS O MATERIALES PELIGROSOS
LUNA HUAMÁN, MEINEL MAX
DELITO : ACTOS CONTRA EL PUDOR EN MENORES (EDAD VÍCTIMA: 10-14 AÑOS).
CUEVA LEANDRO, EDUARDO
DELITO : ROBO AGRAVADO
LUNA HUAMÁN, MEINEL MAX
DELITO : ROBO AGRAVADO
AGRAVIADO : LOYOLA CHÁVEZ, FIORELLA MARÍA
EL ESTADO MINISTERIO DEL INTERIOR
LOYOLA RIVERA, NEIL NILER
MENOR DE INICIALES, F.M.L.CH.

Resolución Nro. 07
Huánuco, veintidós de agosto
Del año dos mil catorce.------]

OÍDA: En audiencia de apelación de auto, la fundamentación del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del imputado Amado Calderón Hilario y, escuchados los argumentos del representante del Ministerio Público; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANTECEDENTES

1.1. En audiencia del 29 de julio del 2014 *-iniciado a las 23:06 horas y continuada hasta las 02:00 de la mañana del 30 de julio de 2014-*, el señor Juez de la Investigación Preparatoria de La Unión, expidió la resolución número tres, donde resuelve declarar **FUNDADO** el requerimiento de Prisión Preventiva, entre otros, contra el ciudadano de Amado Calderón Hilario por el plazo de nueve meses.

1.2. En el acto de la audiencia de apelación, se dio cuenta que el abogado defensor del citado imputado, interpuso recurso de apelación contra la precitada resolución, la misma que fue fundamentada por escrito del 04 de agosto de 2014, conforme se advierte de folios 172/179, formulando como pretensión concreta que se revoque la resolución materia de cuestionamiento y, se dicte comparecencia.

SEGUNDO: DE LA IMPUTACIÓN

2.1. De la tesis incriminatoria del Fiscal, descrita en el requerimiento de prisión preventiva, se desprende que el día 26 de julio de 2014 siendo las 19:00 horas, en circunstancias que los agraviados

Abg. JULIO RYGNNER CHÁVEZ LOARTE
Especialista Judicial de Primera de Sala
Sala Penal de Apelaciones
Corte Superior de Justicia de Huánuco
PODER JUDICIAL

Neil Niller Loyola Rivera y Fiorella María Loyola Chávez se encontraban trasladándose en su vehículo de placa de rodaje CP-3616 a la altura del lugar denominado Ticterrum, ubicado en la carretera de Huánuco Pampa – La Unión – Centro Poblado de Guellaycancha – distrito de La Unión –Dos de Mayo, quien además iba su menor hija de iniciales F.L.Ch (13 años de edad), su menor hijo de iniciales A.P.L.CH y la menor de iniciales Y., en esos momentos, aproximadamente 10 personas de sexo masculino, todos cubiertos con pasamontañas y provistos con armas de fuego, pistolas y rifles, procedieron a golpearlos físicamente con las armas que tenían y, uno de ellos intentó abusar sexualmente a la menor de iniciales F.L.CH (13 años), amenazándolos con matarlos, despojándoles de sus pertenencias como son: fardos de ropa y zapatos valorizados en S/. 4,000.00 (Cuatro Mil nuevos soles) a cada uno dinero, así como dinero en efectivo ascendente a la suma de S/. 3,000.00 (Tres Mil nuevos soles), ello producto del negocio de los agraviados, para luego darse a la fuga; posteriormente a la denuncia de los agraviados, los efectivos policiales de la Comisaría de Dos de Mayo se dirigieron al lugar de los hechos, logrando capturar a tres de los delincuentes, trasladándolos a la delegación policial, donde se logró determinar que responden a las personas de Amado Calderón Hilario, Eduardo cueva Leandro y Meynel Max Luna Huamán.

TERCERO: DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Durante el desarrollo de la audiencia se han escuchado las alegaciones de los sujetos procesales, en los siguientes términos:

3.1. *La defensa técnica del Imputado Amado Calderón Hilario*, señala sustancialmente que se revoque la prisión preventiva por una medida de comparecencia, por cuanto no se cumplen dos presupuestos, los graves y fundados elementos de convicción que lo vincule a su defendido y, el Juez A quo no ha valorado los documentos presentados por el Fiscal, toda la actuación es el marco de las sospechas; pues en su resolución refiere que la declaración de los co-investigados Eduardo cueva Leandro y Meynel Max Luna Huamán incriminan a mi defendido, y eso no es cierto conforme a las declaraciones de Cueva quien dijo no conocer a Calderón Hilario, mientras que Luna Huáman también refiere que no lo conoce; entonnes estos dos elementos de convicción no tienen fundamentos; con relación a la declaración de Amado Calderón Hilario, no ha reconocido los hechos materia de investigación, no tiene ninguna responsabilidad, él ha sido intervenido en su domicilio en su hogar; en ese sentido, la declaración del agraviado Miller Loyola Rivera, donde existen contradictorios entre el momento de la interposición de la denuncia y en su declaración ante la Fiscalía, variando el lugar del asalto, existiendo otra contradicción, dijo que fueron cuatro personas con revólveres y, al otro día que ellos tenían pistolas o rifles, esto pone en juicio la denuncia y pone en duda la veracidad del hecho ocurrido; agrega que en la referencial de la menor F.M.L.CH manifestó que algunos tenían pasamontañas y solo logró reconocer a Abraham Campos no habla de Amado Calderón, habla de tercera persona es decir completamente diferente, no habla de mi cliente; posteriormente, cuestiona el acta de intervención policial donde narra los hechos, la Policía llego al lugar distinto de la denuncia sino en Secchа y solo lo firma el Mayor PNP sin presencia del Fiscal, en donde se consigna que pudo presenciar con linternas a personas y luego de esta persecución se produce una balacera y donde mi cliente se escapa y logra esconderse, en esta acta no se encontró pruebas del delito; otro elemento el acta de hallazgo y recojo de 02 escopetas, la policía se retire y las rondas campesinas la entregaron pero no las encuentran a su cliente; otro elemento cuestionado es el acta de registro persona de Amado Calderón es negativo no hay cuestionamiento y, respecto de las Actas de Reconocimiento en Rueda tiene el mismo día y en 1 hora y media han sido practicadas para 06 personas; en consecuencia no existen elementos de convicción que lo vinculen a su defendido y por el contrario fue intervenido con Violencia, conforme al certificado médico legal de autos. Respecto al Peligro de Fuga no se configura, señalando que su

defendido es una autoridad es el Presidente de la Comunidad del Centro Poblado de Secclia, se adjunta certificado domiciliario, certificado de trabajo y las partidas de nacimiento que indicarían su arraigo laboral, familiar y domiciliario y, no va a rehuir la acción de la justicia.

3.2. A su turno, ***el señor representante del Ministerio Público*** manifiesta que, los hechos fueron ocasionados en un lugar escampados, en ese sentido puede haber error en la anotación donde se suscitaron los hechos, sin embargo, es claro y contundente, que Huánuco Pampa no está muy distante a la ciudad de Dos de Mayo y, cuando sucede el robo con violencia y atentatorio contra una menor de edad, es que la Policía ante la voz de alto los intervenidos corren; en ese trayecto, estos reconocen que venía la policía por las luces potentes de las camionetas; indicando que en esos momentos uno de ellos se introduce a una casa y fue el imputado Amado Calderón Hilario que fue intervenido por la Policía al encontrarse escondido debajo de una cama y si él vivía ahí porqué se escondió; seguidamente, ante estos hechos, es clara la sindicación que hace el reconocimiento por parte de los dos agraviados, de fojas 47/48 de Loayza Rivera, quien reconoce al señor de posición 04 Amado Calderón Hilario, quien es la persona que portaba un arma de fuego, asimismo, es reconocido por la menor F.L.CH. de fojas 56/57 indica que reconozco al nombre que se encuentra en la posición 04 como la persona que golpeo y amenazó a mi papá; en consecuencia, existen graves y fundados, suficientes elementos de convicción que lo vinculan al imputado, siendo que el caso de Amado Calderón existe continuidad en la persecución entre la Policía y el imputado; existen dos actas de reconocimiento que lo reconocen como el autor del hecho y, Neil Loyola Rivera lo reconoce como la persona que portaba un arma de fuego; con relación a la prognosis, el delito de Robo prever una pena no menor de 12 ni mayor de 20 de pena privativa libertad y, al no darse la responsabilidad restringida ni la confesión sincera; asimismo dado la gravedad de la pena puede eludir la acción dela justicia y, no tiene domicilio conocido ni trabajo conocido y, que en los hechos han intervenido otras personas en proceso de investigación y, de llevarse a cabo el proceso con la libertad se pondría en riesgo la identidad de las otras personas que participaron del hecho; el tener un domicilio no garantiza la conducta plena de una persona. Por otro lado, la Policía actuó en uso a sus atribuciones en flagrancia; por lo que solicita que debe de desestimar el pedido de la defensa del imputado.

3.3. En la ***réplica***, la defensa técnica del imputado señala que la sospecha principal se dice que se escondió debajo de la cama cuando llego la Policía, y ello lo hizo porque la Policía no se identificó, llegó camufladamente e intervenido violentamente, entonces siendo una autoridad y que la zona está plagada de abigeos y gente de mal vivir y él se escondió porque pensaba que eran malhechores o maleantes, y ahí está el certificado Médico Legal se intervino violentamente hay lesiones; en consecuencia, al no haberse encontrado en su domicilio por lo menos una prueba material y, no se le encontró absolutamente nada y es un hombre honorable y conocido; deben evitarse situaciones injustas que vulneren los derechos humanos y, que este error del Juzgado de la Investigación Preparatoria de La Unión, sea corregido. En tanto que en la ***dúplica***, el señor representante del Ministerio Público refiere que, la Policía al intervenir en los hechos, ingreso al lugar con un vehículo de luces potentes y se sabía que era los efectivos policiales, el hecho va a que se corrió y se escondió debajo de su cama, la Policía actuó a mérito de la flagrancia por una denuncia de parte.

CUARTO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4.1. El artículo 254°.1, del Código Procesal Penal prescribe que "Las medidas [de coerción personal] que el Juez de la Investigación Preparatoria imponga requieren de resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado(...)".Para los efectos de resolver esta pretensión, es menester destacar que el derecho a la libertad personal no es absoluto, pues conforme

a lo señalado en el artículo 2º, inciso 24, ordinales "f" y "b" de la Constitución Política del Perú, está sujeto a regulación, de modo que puede ser restringido o limitado mediante ley.

4.2. El Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial comporta una medida provisional que como última ratio limita la libertad física, pero no por ello es, *per se*, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado, pues la prisión preventiva es una medida provisional por la que puede optar un juez para asegurar la presencia del inculpado en el proceso y el éxito del proceso penal, en la medida en que legalmente se encuentra justificada cuando existen motivos razonables y proporcionales para su dictado (STC. N° 01014-2011-HC/TC).

4.3. En esa línea de razonamiento, la única manera de determinar si la prisión judicial preventiva de un individuo responde o no a una decisión razonable y proporcional del juez, pasa por la observancia de determinados elementos objetivos que son los señalados por el artículo 268° del Código Procesal Penal, los cuales deben concurrir de manera conjunta; siendo éstos: ***a)Suficiencia probatoria,*** que está referida a la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión del delito que vincule al imputado como autor o partícipe; ***b)Prognosis de pena*** a imponerse, que sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y, ***c)Peligro procesal***, que debe ser considerado en razón a los antecedentes del imputado y otras circunstancias en particular que nos permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia u obstaculizar la averiguación de la verdad. Con relación al peligro de fuga y al peligro de obstaculización, los artículos 269° y 270° del Código Procesal Penal, establecen criterios para evaluar ambas conductas; así tenemos: el arraigo en el país del imputado, la gravedad de la pena, la importancia del daño resarcible, el comportamiento del imputado durante el procedimiento u otro procedimiento anterior; el riesgo razonable que el imputado pueda destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, o influir negativamente con respecto a los coimputados, testigos o peritos para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o inducir a otros a realizar tales comportamientos.

QUINTO: LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

5.1. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica que toda decisión judicial debe cumplir la exigencia constitucional de motivación resolutoria, que garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, deban expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, a efectos de asegurar que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

5.2. Que, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la STC N.° 1291-2000-AA/TC), la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, que tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

5.3. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 02637-2011-PHC/TC, en su fundamento 5 y siguientes HA EXPRESADO que:

"5.El derecho a la motivación de las resoluciones, (...) constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de

JUEZ SUPERIOR
Sala Penal de Apelaciones
Nuevo Código Procesal Penal
Corte Superior de Justicia de Huánuco
PODER JUDICIAL

las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional".-

8. Como lo ha precisado este Tribunal, el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exige que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b)congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que exoresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c)que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (Cfr. Exp. Nº 4348-2005-PA/TC). [...]".

SEXTO: FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y ANÁLISIS DE LA REVISIÓN

6.1. Luego de haberse escuchado las alegaciones de los sujetos procesales, ha de analizarse el objeto de la impugnación formulada por la defensa técnica del imputado Calderón Hilario, quien ha precisado en la audiencia realizada en esta instancia, que no concurren los presupuestos previstos en el artículo 268º del Código Procesal Penal y, que su defendido además de ser Presidente de la Comunidad Campesina de Secchа, cuenta con un trabajo, tiene domicilio conocido, solicitando la medida coercitiva de comparecencia.

6.2 Siendo así, conforme se ha mencionado, este Colegiado Superior estima que toda medida cautelar involucra para su efecto y propósito, la suficiencia probatoria, la prognosis de la pena y el peligro procesal, los mismos que deben concurrir de manera copulativa. En cuanto al primer presupuesto legal, es decir, *la existencia de graves y fundados elementos de convicción*, tenemos los siguientes: como primer elemento de convicción, observamos: a) El acta de Intervención Policial *-ver folios 26-*, elaborada por el Mayor PNP Julio Castillo Mac Dowall, quien al mando de ocho efectivos policiales, procedieron a la intervención, entre otros, del imputado Amado Calderón Hilario, el día 26 de julio de 2014, a las 22.30 horas, luego de haber recepcionado la denuncia de parte, se puede advertir el siguiente relato: *"Es así que por el C.P. de Secchа – distrito de Rondos,un aprox. de seis (06) personas se encontraban ocultos por los alrededores de los cerros alumbrando con linternas aprovechando la oscuridad, y al percatarse de la presencia de personal Policial empezaron a escopar dándose a la fuga realizando tiros contra los efectivos PNP, por lo cual se originó un cruce de disparos, logrando capturar a uno de los DDCC que ingresó a un domicilio y se escondió debajo de una cama siendo alcanzado y reducido por un SO PNP (...) asimismo se procedió a la identificación de cada uno de los intervenidos, mencionaron llamarse AMADO CALDERÓN HILARIO (...)"*; este grave y fundado elemento de convicción, relata como efectivos policiales de la Comisaría PNP de Dos de Mayo, procedieron a la captura de los imputados, en la que se consigna que luego de un cruce de disparos (intervenidos y PNP) se logró capturar a uno de los implicados en el evento criminal denunciado por el agraviado Niel Niler Loyola Rivera, resultando que ingresó a un domicilio y se escondió debajo de una cama, este hecho no cabe duda se refiere a la intervención policial que se efectuara contra el imputado Calderón Hilario, lo cual ha sido reconocido por su propio Abogado Defensor al indicar que su defendido fue intervenido debajo de una cama de su vivienda y, aunado a ello a la propia declaración del imputado quien ha referido en su respuesta a la pregunta 6 de su declaración –ver folios 18/20, dijo: *"Que, porque dispararon y yo no sabía qué hacer en esos momentos, por ese motivo me escondí debajo de mi cama"*; estas circunstancias primigenias recobra mayor certeza con un segundo elemento de convicción, cuyo relato está consignado en: b) El Acta de recojo y hallazgo referencial *-ver folios 27-*, realizado en el Centro Poblado Menor de Secchа a 3 km aproximadamente

Abog. PEDRO EGANEL CHAVEZ ZAMATE
Especialista Judicial de Causa de Sala
Medida del Código Procesal Penal
Corte Superior de Justicia de Huánuco
PODER JUDICIAL

del trayecto La Unión – Rondos, con las participaciones del instructor PNP, el Alcalde del C.P.M. de Secchá y, la Teniente Gobernadora, se consignó: *"En la carretera La Unión – Secchá a la altura del Km 3. Se encontró una (01) escopeta hechiza abastecida con un cartucho, una (01) escopeta hechiza corta; una (01) botella de aguardiente, (01) una bolsa de coca, un (01) par de guantes de mano;" procediéndose a su recojo y traslado a la Comisaría para los respectivos fines de Ley"*; este elemento de convicción relata que en el trayecto cercano donde fueron intervenidos los imputados, entre ellos, Amado Calderón Hilario, se hallaron armas de fuego, con los cuales procedieron a realizar el evento criminal, debiendo ser considerado un grave y fundado elemento de convicción; este hecho ha quedado también corroborado con un tercer elemento de convicción, como es: c) La declaración del imputado Meinel Max Luna Huamán -*ver folios 11/13*- al referirse en su respuesta a la pregunta 06 ¿Quién llevaba el Arma de fuego (escopeta hechiza) en su ruta rondos – La Unión?: Dijo: *"La Escopeta hechiza la llevaba consigo mi amigo Eduardo Cueva, ya que yo me encontraba manejando la moto"*; asimismo estos hechos también fueron corroborados con un cuarto elemento de convicción, como lo es: d) La declaración del imputado Eduardo Cueva Leandro -*ver folios 14/17*- al referirse en su respuesta a la pregunta 2 ¿narre la forma y circunstancias como se realizó la intervención policial(...) Dijo: *"(...) Me encontraba con la persona a quien conozco como Max en una moto lineal color rojo sin recordar la placa y nos acompañaban en otra moto lineal dos conocidos del distrito de Rondos quienes se llaman Marovi y Lider, y nos dirigíamos a un pueblo que no conozco, pero que está a media hora de La Unión, con la finalidad de asustar a un señor que por versión de un amigo era un cagón y queríamos hacerle asustar nada más (...) cuando me doy cuenta venía detrás un patrullero y yo le pedí a Max que parara el vehículo pero este no hacía caso y empezó a escaparse hasta que nos alcanzaron y nos detuvimos, bajo la Policía y nos tiraron al suelo, hasta que me trajeron a la comisaría"*; más adelante en su respuesta a la pregunta 6, Dijo: *"Que, dicha arma de fuego me lo dio mi amigo Marovi y me dijo que yo lo llevara y lo puse en mi espalda, y lancé la escopeta al suelo porque la Policía me dijo que lo tirara"*; para luego en su respuesta a la pregunta 7, Dijo: *"Que, Marovi trajo tres escopetas con cartuchos y como Max estaba manejando me dio una escopeta para agarrar y lo puse en mis piernas"*; estos hechos relatados por los propios imputados Luna Huamán y Cueva Leandro, forman parte de la tesis incriminatoria del Ministerio Público que refirió que luego del hecho delictivo se dieron a la fuga y fueron producto de la intervención policial hallándose armas de fuego, los cuales deben ser considerados como graves y fundados elementos de convicción; por otro lado se advierte como quinto elemento de convicción, tenemos: e) El acta de reconocimiento de físico en rueda -ver folios 49/51, donde participó el agraviado Niel Niler Loyola Rivera, que a la persona ubicada con el Nro. "02" de izquierda a derecha -que responde al nombre de AMADO CALDERÓN HILARIO- es quien lo apuntaba con un arma de fuego; asimismo como sexto elemento de convicción, tenemos **f) El acta de reconocimiento de físico en rueda** -ver folios 58/60, donde participó la menor agraviada de iniciales F.M.L.CH (13 años de edad), refirió que reconoce a la persona que se encuentra ubicada de izquierda a derecha en la ubicación Nro. "04" que responde al nombre de AMADO CALDERÓN HILARIO, como la persona que golpeaba y amenazaba a su padre.

Para este Colegiado Superior, atendiendo a los elementos de convicción descritos, encuentra que en el caso materia de análisis, si concurre el primer presupuesto material previsto en el artículo 268º del Código Procesal Penal, esto es, los graves y fundados elementos de convicción que vinculan al imputado Amado Calderón Hilario con los hechos materia de investigación preparatoria, cuyas diligencias de urgencia fueron realizadas por los efectivos policiales intervinientes, de conformidad a sus facultades conferidas en el artículo 67° y 68° de la norma procesal antes acotada, así como aquellos practicados bajo la conducción del Ministerio Público; debiendo especificarse que los cuestionamientos realizados por la defensa técnica a este primer presupuesto, deberán ser

ABG. JESUS RYGNER CHAVEZ LOARTE
Especialista Judicial de la Causa de Sala
Juzgado de Garantía Procesal Penal
Corte Superior de Justicia de Huánuco
PODER JUDICIAL

corroborados con nuevos actos de investigación que sustenten su teoría del caso, a fin de desvirtuar los primigenios recabados por la Policía y la Fiscalía, actuando el titular de la investigación preparatoria actos de investigación no sólo que permitan comprobar la imputación, sino que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado, de conformidad con el artículo 61°.2 del Código Procesal Penal.

6.3. Respecto a *la prognosis de pena*, se advierte que la tesis incriminatoria de la Fiscalía ha sido tipificado dentro de los alcances de los tipos penales de Robo Agravado, previsto y sancionado en el artículo 188° -tipo penal base-, con la agravante del artículo 189° incisos 2, 3, 4 y 5 del Código Penal, cuya pena conminada es no menor de doce ni mayor de veinte años; asimismo por Tenencia de Materiales Peligrosos, tipificado en el artículo 279° del Código Penal, cuya pena conminada es no menor de seis ni mayor de quince años y, por el delito contra la Libertad Sexual en su modalidad de Actos contra el Pudor, tipificado en el artículo 176-A inciso 3) primer párrafo, cuya pena conminada es no menor de cinco ni mayor de ocho años; en ese sentido, existiendo concurso real de delitos, de darse un probable juzgamiento luego de agotadas las etapas procesales, la pena probable a imponerse superaría ampliamente la prognosis de cuatro años de pena privativa de la libertad, que exige la norma procesal.

6.4. Respecto al Peligro de fuga –Peligro Procesal–. La existencia del peligro de fuga debe apoyarse en un análisis concreto del caso y basarse en hechos determinados que puedan ser contrastados con los elementos de investigación preparatoria. Así lo dispone el artículo 268° del Código Procesal Penal, cuando menciona que para determinar que el imputado tratará de eludir a la acción de la justicia (peligro de fuga) deben evaluarse sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular. De comprobarse la existencia de este presupuesto procesal no es necesario realizar un examen del peligro de obstaculización de la actividad probatoria, al no ser copulativos.

6.4.1. En lo referente al *arraigo domiciliario, familiar y laboral*, advertimos que la defensa ha presentado un Certificado Domiciliario -ver folios 88-, suscrito por Rosalinda Romero calderón expedido por el Teniente Gobernador del Centro Poblado de Secchа, distrito de Rondos, Provincia de Lauricocha, donde se consigna que el imputado calderón Hilario domicilia en dicho Centro Poblado Menor desde hace más de 16 años en compañía de su esposa e hijos, sin embargo no adjunta otra documentación que acredite tal situación de permanencia en dicho Centro Poblado, pese a considerarse que es el mismo domicilio que consignó en su declaración prestada en autos; asimismo, la constancia de trabajo -ver folios 89- suscrito por Aníbal Minayo Soto, en su condición del Alcalde del Centro Poblado de Secchа, certifica que el imputado mencionado se dedica a la Agricultura y Ganadería y que sería el Presidente de la Comunidad Campesina, ésta situación tampoco es corroborada con documentos periféricos que hagan suponer el arraigo laboral permanente y estable, pues que es considerado el Presidente de una Comunidad Campesina y que sus labores de agricultor y ganadero los realiza de manera independiente, bien se podría considerar para su sustento familiar; del mismo modo, presenta la documentación que contiene firmas de autoridades y comuneros del Centro Poblado de Secchа, distrito de Ronclos -ver folios 90/92-, así como una constancia de desempeño y buena conducta a favor del imputado amado Calderón Hilario; por otro lado, si bien en el acto de la audiencia de apelación ha presentado la partida de nacimiento de sus menores hijos para acreditar el arraigo familiar, esto sólo permite establecer que es padre de 3 menores hijos; de otro lado, sobre la anotación de inscripción registral (en copia simple), debemos indicar que al ser una copia simple no puede ser valorada en su real contexto por el Ad quem; en ese sentido, los documentos presentados no generan convicción de un real arraigo del procesado para disponer su libertad al enervar el peligro de fuga.

6.5. En efecto, valora este Tribunal Superior no sólo la naturaleza de la incriminación fiscal, tratándose de delitos de grave entidad como son los delitos de Robo Agravado, Tenencia Ilegal de Municiones y, de Actos contra el Pudor, sino el hecho de que eventualmente pudiera configurarse un peligro de fuga dada la gravedad de la pena tratándose de un concurso real de delitos, conforme a lo previsto por el artículo 269°.2 del Código Procesal Penal; más aún si la Resolucion Administrativa N° 325-2011-P-PJ – Circular sobre Prisión Preventiva, señala que: *"es perfectamente posible aplicar la prisión preventiva a una persona que tiene familia y domicilio conocidos, cuando dicha situación, evaluada en términos de ponderación de intereses, no es suficiente para concluir fundadamente que el desarrollo y resultado del proceso penal se encuentran asegurados"*. En esa misma orientación el Tribunal Constitucional, respecto al peligro procesal, ha señalado: *"(...) se debe partir del análisis de una serie de circunstancias, que pueden tener lugar, antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligados fundamentalmente con los antecedentes del procesado, su situación profesional, su situación social y familiar, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculpado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso[...]"* [Exp. Nº. 3629-2005-PHC/TC].

6.6. Finalmente decimos, que luego de efectuar el análisis respectivo, consideramos que en el presente caso, la resolución materia de alzada ha cumplido con la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones y, responde a la objetividad de lo actuado, al expresar en los fundamentos que contiene, las causas objetivas y razonables por las cuales arriba a la decisión adoptada, cuya fundamentación contiene juicio de razonabilidad atinente a los presupuestos básicos que legitiman esté grave medida de coerción personal. En tal sentido, concurriendo de manera copulativa los tres presupuestos materiales que establece el artículo 268º del Código Procesal Penal, debe confirmarse la recurrida en el extremo apelado; por lo que, deviene en infundada la apelación.

DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, por unanimidad, **RESOLVIERON:**

I. Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de confianza del imputado Amado Calderón Hilario.

II. **CONFIRMARON** la resolución número tres -dictada en audiencia del 30 de julio del 2014, por el Juez de la Investigación Preparatoria de la provincia de La Unión, en el extremo que resolvió: Declarar **FUNDADO** el Requerimiento de **PRISIÓN PREVENTIVA**, contra la persona de **AMADO CALDERÓN HILARIO** por el plazo de **NUEVE MESES**; con lo demás que contiene.- Y los **DEVOLVIERON**. Interviniendo la magistrada Guerra Carhuapoma por Licencia de la Presidenta de Sala magistrada Sandra Elena Cornelio Soria. **Juez Superior Ponente: Señor Bejarano Lira.**

S.S.

Guerra Carhuapoma

Angulo Morales

Bejarano Lira.

Abog. [illegible] CHÁVEZ LOARTE
Especialista de Audiencia de la Sala de Apelaciones
Distrito Judicial Penal
Corte Superior de Justicia de Huánuco
PODER JUDICIAL

(2)

SALA PENAL DE APELACIONES - Sede Central
EXPEDIENTE : 01242-2012-0-1201-JR-PE-02
ESPECIALISTA : ANALY NARVI VELASQUEZ PIMENTEL
PROCURADOR PÚBLICO : PROCURADO PÚBLICO DEL PODER JUDICIAL
BENEFICIARIO : RAMOS VELASQUEZ, LENIN GABRIEL
DEMANDADO : GUERRA CARHUAPOMA, FLORENCIA JUEZ DEL CUARTO JUZGADO PENAL
DEMANDANTE : RAMOS VELASQUEZ, LENIN GABRIEL

SENTENCIA DE VISTA

Resolución Nro. 11

Huánuco, diecisiete de julio

Del dos mil doce.----------

VISTOS: en Audiencia Pública, habiendo quedado la causa al voto; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, es materia de pronunciamiento, la apelación interpuesta por el procesado Lenin Gabriel Ramos Velásquez, contra la sentencia contenida en la resolución número seis, de fojas trescientos cincuenta y ocho a trescientos sesenta y uno, que resuelve declarar Infundada la demanda de Habeas Corpus presentada por Lenin Gabriel Ramos Velásquez, contra la magistrada Florencia Guerra Carhuapoma - Juez del Cuarto Juzgado Penal de Huánuco, por supuesta detención arbitraria.

SEGUNDO.- El objeto del recurso de apelación es que el órgano jurisdiccional superior examine a solicitud de parte o de tercero legitimado la resolución que le produzca agravio con el propósito que ésta sea anulada o revocada total o parcialmente, disposición que obviamente es acorde con el principio constitucional de la pluralidad de instancias consagrado en el inciso 6) del artículo 139° de la Constitución y el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil, referido al principio de doble instancia.

TERCERO .- Que, se aprecia de autos, que el beneficiario Ramos Velásquez, en su recurso de apelación obrante de fojas trescientos ochenta y uno a trescientos ochenta y cuatro, precisa que se debe revocar la resolución venida en grado, y ordenarse su inmediata libertad toda vez que la sentencia recurrida no hace alusión que en la resolución cuestionada, la magistrada demandada no ha motivada correctamente puesto que no existen los suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que lo vincule como autor o partícipe del mismo; así mismo señala que el A QUO no ha tomado en cuenta que Isadio Mena Rondan, quien es el legítimo propietario del vehículo que ocasionó el accidente de tránsito ocurrido el día de los hechos, presentó a la Policía un Falso Contrato de alquiler de vehículo

suplantando la firma del recurrente, con la finalidad de salvaguardar su responsabilidad.

CUARTO.- Que la libertad (como estado natural de una persona) ha sido y es uno de los tributos más valiosos con los que cuenta un ser humano; tal situación supone que la libertad sea objeto de protección y tutela frente a privaciones. Así, el antecedente más remoto de tutela lo encontramos en el interdicto *de hómine libero exhibendo* el cual constituyó una especie de *"acción popular"*, ejercitable por cualquiera y de manera indeterminada, que estaba encaminada a tutelar la libertad de aquel hombre libre privado dolosamente de ella. Esta concepción de hábeas corpus ha sido catalogada como la *concepción clásica* de este instituto y como el instrumento *nom plus ultra* de tutela de la libertad individual, pues, como ya se ha señalado, servía para tutelar el atributo que los romanos llamaron *ius movendi et ambulandi* o lo que los anglosajone denominaron *power of locomotion*. Esta postura jurídica ha ido desarrollándose con el paso del tiempo y su afirmación ha venido siendo evolucionada, en la lengua contemporánea de los derechos fundamentales. Nuestro sistema normativo (teniendo como punto de partida la *norma normarum*) no ha sido ajeno a dicha evolución, y ha asumido lo que en doctrina se conoce como la *concepción amplia de hábeas corpus*, es decir, ya no sólo protege a la libertad personal, sino que se ha extendido a otros derechos consustanciales con ésta (entiéndase libertad personal). A dicha afirmación es posible arribar a partir de lo establecido en el artículo 200° inciso 1) de la Constitución Política del Perú que ha previsto: *"... La acción de hábeas corpus... procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos conexos..."*. Siguiendo esta orientación, el Código Procesal Constitucional en la parte en el inciso 7) del artículo 25° ha precisado que: *"El derecho a no ser detenido sino por mandato escrito y motivado del Juez, o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito; o si ha sido detenido, a ser puesto dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda, de acuerdo con el acápite "f" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución sin perjuicio de las excepciones que en él se consignan"*.

QUINTO.- Ya es doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal constitucional al considerar que el derecho a la motivación de las resoluciones: *"...importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios. En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en*

este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto..." (STC 1480-2006-PHC/TC fundamento jurídico 2).

SEXTO.- En el presente caso el favorecido afirma en su escrito de Habeas Corpus obrante a fojas dos a cinco, que se encuentra detenido arbitrariamente en merito a un mandato judicial de detención sin motivación legal, sustentada en meras conclusiones subjetivas del efectivo policial responsable de elaborar el atestado policial, el mismo que fue tomado en cuenta por la Juez del Cuarto Juzgado Penal de Huánuco; que se tiene de las copias certificadas del expediente número 0753-2012 que obran a folios sesenta y siete a trescientos cincuenta y seis, que la demandada Magistrada Florencia Guerra Carhuapoma en su condición de Juez del Cuarto Juzgado Penal de Huánuco, mediante resolución uno, de fecha catorce de abril de los corrientes, aperturó proceso penal con mandato de detención contra Lenin Gabriel Ramos Velásquez y sus co procesados Walter Velásquez Valero y René Velásquez Valero, como presuntos coautores del delito contra la libertad en la modalidad de secuestro y contra la libertad en la modalidad de Violación Sexual en grado de Tentativa, en agravio de persona de iniciales D,B.C.E., Resolución que se encuentra con las motivación y fundamentación correspondiente para imponer una medida coercitiva de detención, conforme al artículo 136° del Código Procesal Penal de 1991 vigente al momento de la comisión del hecho delictuoso; así mismo, se advierte que analizó y desarrolló los presupuestos establecidos en el artículo 135° del Código Procesal Penal antes acotado[1]; fundamentos que también fueron analizados

[1] El Auto Apertorio de Instrucción, emitida mediante resolución N° 01, de fecha catorce de abril del dos mil doce, el mismo que obra a fojas setenta y cuatro a setenta y ocho; en el considerando TERCERO expresa "***MEDIDA COERCITIVA PERSONAL:*** *con relación a la medida coercitiva, es de aplicación el artículo 135° del Código Procesal Penal, debido a que según el criterio del suscrito magistrado, concurren los tres presupuestos que continuación se detallan:* ***A).- ACTOS DE INVESTIGACIÓN QUE VINCULAN AL DENUNCIADO CON LA COMISIÓN DEL DELITO:*** ***a)*** *Manifestación indagatoria de la agraviada D.B.C.E. (19), que corre a fojas 25 a 28, donde narra la forma y circunstancias en que luego de subir al colectivo donde se encontraban los denunciantes trataron de ultrajarla sexualmente además de quitarle su libertad , para luego llevarla hacia de localidad de Ambo, siendo que en la carretera al colisionar el vehículo donde era trasladada, fue aprovechado por la misma para huir de sus captores quienes incluso la habían colocado un trapo en la boca;* ***b)*** *Manifestación del denunciado Walter Velásquez Valero la misma que corre 17 a 19, donde reconoce explícitamente que el día de los hechos se encontraba dentro del tico azul de placa de rodaje C8T-657; sin embargo niega los hechos que le son imputados ; debiéndose colegir que los mismos son utilizados como medios de defensa para eludir su responsabilidad;* ***c)*** *Manifestación del denunciado René Velásquez Valero la misma que corre de fojas 22 al 24, donde reconoce explícitamente que el día de los hechos se encontraba dentro del tico azul de placa de rodaje C8T-658; sin embargo niega los hechos que le son imputados, debiéndose colegir que los mismos son utilizados como medios de defensa para eludir su responsabilidad penal en los hechos;* ***d)*** *Manifestación Indagatoria de Isadio Mena Rondan que corre a fojas 29, en el que señala ser propietario del vehículo tico de placa de rodaje N° C8T-657, indicando que el día de los hechos alquilo su vehículo al denunciado Lenin Gabriel Ramos Velásquez quien seria primo de los denunciados René y Walter Velásquez Valero;* ***e)*** *Acta de Registro Personal efectuado en la persona de Walter Velásquez Valero que corre a fojas 32, donde incluso se le encontró un desarmador con lo que amedrentaba a sus victimas;* ***f)*** *Acta de situación vehicular de fojas 35;* ***g)*** *Acta de reconocimiento efectuado por l persona de Deborha Berenisse Cabrera Eugenio donde reconoce plenamente a los denunciados como las personas que la secuestraron e intentaron ultrajarla sexualmente;* ***h)*** *Acta de*

por el Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria en el punto 7) de la resolución apelada denominado "Análisis del caso concreto", por lo que este colegiado infiere que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a Ley, más aun si se tiene en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional que en anterior pronunciamiento prevé "...*La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa (...) Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver...*" (STC 230-2002-HC/TC).

SEPTIMO: Así mismo debe tenerse en cuenta que, el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, taxativamente señala, que la procedencia de las Acciones de Garantías respecto a las resoluciones judiciales requieren que estas tengan el carácter de firmes, siendo manifiestamente improcedentes cuando el agraviado dejó consentir la Resolución, que lo afecta. Ello implica que debe solucionarse al interior del proceso. [*Cfr. Exp. N. ° 4107-2004-HC/TC, Caso Lionel Richi de la Cruz Villar*]. En ese orden de ideas, de autos se tiene la Resolución número uno de fecha, catorce de abril del año dos mil doce, por medio de la cual se dicta mandato de detención contra el demandante, medida que ha quedado consentida, pues contra el mandato no se ha interpuesto recurso impugnatorio, no obstante que el último párrafo del artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991, señala que éste puede ser Impugnada. En consecuencia al no haberse agotado los Recursos previstos legalmente al interior del proceso, la presente demanda deviene en

---

reconocimiento de pertenencias de la agraviada Deborha Berenisse Cabrera Eugenio que corre a fojas 40; ***i)*** *informe psicológico practicado en la agraviada Deborha Berenisse Cabrera que corre a fojas 41, donde se tiene que después de los hechos del que fue víctima presenta reacción de estrés post traumático;* ***j)*** *Reconocimiento Médico Legal N° 002378 el mismo que le fuera practicado en la agraviada Deborha Berenisse Cabrera Eugenio, en la cual presenta lesiones ocasionadas por agente contundente duro objeto punzante y una humana :* ***k)*** *Peneaux fotográfico de fojas 52 a 53, en el que se advierte que el vehículo tico azul de placa N° C8T-657 era acondicionado por los denunciados para efectuar sus hechos ilícitos.* ***B).-PELIGRO PROCESAL:*** *Que, si bien de los actuados preliminares se advierte que, los denunciados tienes su domicilio en el Pueblo de Quicocán, Distrito de Tomayquichua, Provincia de Ambo; sin embargo, por gravedad de la pena del delito que se le atribuye al denunciado, el suscrito magistrado considera que en libertad, los denunciados eludirán la acción de la justicia. Además, existe el riesgo de que perturbe la actividad probatoria, ya que uno de los coautores en la comisión del delito a huido y pondría perturbar la actividad probatoria, pues y pondría en peligro la investigación pues trataría de amedrentar a los testigos y a la agraviada entorpeciendo así la actividad probatoria.* ***C).-PENA PROBABLE:*** *Que, estando a que los delitos que se les atribuye a los denunciados, se encuentran sancionada con pena privativa de libertad* ***no menor de treinta años el delito de secuestro,*** *Y DEL DELITO DE VIOLACIÓN Sexual a una pena privativa de libertad* ***no menor de doce no mayor de dieciocho años,*** *haciendo una prognosis de la pena a imponerse, esta sería superior a cuatro años de pena privativa de Libertad; por lo que , a fin de asegurar la sujeción de los denunciados al proceso, se debe dictar la medida coercitiva de detención(..)*

infundada, El Código, procesal constitucional, es claro en este sentido pues su carácter residual no permite que se utilice los procesos de garantía como una instancia más, en un proceso cualquiera sea su naturaleza.

OCTAVO.- Por otro lado, se advierte que el recurrente Ramos Velásquez mediante apelación de sentencia del proceso Constitucional de Habeas Corpus, pretende que este Tribunal evalué su irresponsabilidad en proceso que se le sigue, como presunto coautor del delito contra la libertad en la modalidad de secuestro y contra la libertad en la modalidad de Violación Sexual en grado de Tentativa, en agravio de persona de iniciales D.B.C.E, debido a que manifiesta que el A QUO no ha merituado lo manifestado en la demanda, que Isadio Mena Rondan legitimo propietario del Vehiculo que protagonizó el accidente, insertó un documento Falso; por lo que en el Presente Proceso Constitucional de Habeas Corpus no se puede verificar su responsabilidad o no, como tampoco se verificara si un documento es falso o no, pues para ello debe hacer valer su derecho en la vía procedimental que corresponda, siendo así debe confirmarse la recurrida

DECISIÓN: Por estos fundamentos, **CONFIRMARON:** la sentencia de fojas trescientos cincuenta y ocho a trescientos sesenta y uno, su fecha veintiocho de junio de dos mil doce, que falla declarando **INFUNDADA** la demanda de Habeas Corpus presentada por Lenin Gabriel Ramos Velásquez, contra la magistrada Florencia Guerra Carhuapoma – Juez del Cuarto Juzgado Penal de Huánuco; por supuesta detención arbitraria; con lo demás que respecta; y los devolvieron. Interviniendo el Juez Superior Urdanegui Basurto por licencia de la Jueza Superior Cornelio Soria. **Juez Superior Ponente Doctor NINAQUISPE CHÁVEZ –**

Sres.

Ninaquispe Chávez

Flores León

Urdanegui Basurto

Abog ANALY NARVI VELASQUEZ PIMENTEL
Especialista Judicial de Causas de Sala
Módulo del Nuevo Código Procesal Penal
Corte Superior de Justicia de Huánuco
PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUANUCO
SALA PENAL DE APELACIONES

(3)

EXPEDIENTE : 01285-2012-0-1201-JR-PE-02
ESPECIALISTA : JUAN CARLOS TIBURCIO FIGUEROA
BENEFICIARIO : FLOR MEDINA AVILA
DEMANDADO : ARTURO FELIX CASTILLO FALERO

SENTENCIA DE VISTA

Resolución N° 10

Huánuco, veinticinco de julio
Del dos mil doce.- - - - - - - - - -]

VISTOS; En Audiencia Pública y, puestos los autos a despacho para resolver;

ASUNTO:

Es materia de pronunciamiento el recurso de apelación interpuesto por Arturo Félix Castillo Falero, Fiscal Provincial Provisional del Segundo Despacho de Investigación de la Quinta Fiscalia Provincial Penal Corporativa de Huánuco, contra la sentencia de fecha nueve de julio del presente año, que obra a fojas treinta y seis y siguientes, que declaró fundada la demanda de Habeas Corpus interpuesta por doña Flor Medina Ávila, por vulneración a su derecho a la libertad; y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: CONSIDERACIONES GENERALES:

El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas. Que, el derecho a la tutela efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumpla con los requisitos procesales para ello.

SEGUNDO: ANTECEDENTES:

La demandante Flor Medina Ávila interpone demanda de Habeas Corpus a su favor, solicitando tutela de su derecho a la libertad personal; acción que la dirige contra Arturo Félix Castillo Falero, en su condición de Fiscal Provincial Penal Corporativo de Huánuco, señalando que el ocho de Julio de dos mil doce, a las diecisiete horas con diez minutos fue detenida arbitrariamente y sin mandato judicial, por miembros de la Policía Nacional del Perú, en circunstancias de haberse

acercado a las instalaciones de la dependencia policial de SIROVE-AMARILIS; afirma que en la notificación de su detención se consignó expresamente *"A quien por intermedio de la presente se le notifica que se encuentra detenida en esta DEPROVE RPNP -HUANUCO, por encontrarse sujeto a investigaciones por su presunta participación en el delito contra el patrimonio (extorsión), conforme a la Resolución N° 1, emitida por el Juez Penal Supernumerario Juez del Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria de Huánuco Ángel Gómez Vargas del 08 de Julio 2012 y el proveído del Fiscal Provincial de Turno"*; sin embargo, al revisar la mencionada Resolución Nro. 01, no advierte que el Juez haya ordenado su detención.

TERCERO: FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN APELADA

Con fecha nueve de julio del año en curso, la jueza constitucional, declaró fundada la demanda de habeas corpus, señalando como argumentos que:

3.1. El ocho de julio del dos mil doce, a las diez de la mañana, aproximadamente, la demandante Flor Medina Ávila, por invitación de un efectivo policial que se apersonó a su domicilio, se constituyó a la DEPROVE – HUÁNUCO, para brindar su declaración testimonial en la investigación que se venia realizando por el delito de Extorsión; sin embargo, al encontrarse en al reciento policial, siendo las cinco y diez de la tarde, mediante documento policial de manera arbitraria fue notificada de su detención, supuestamente por mandato judicial, lo que no se ajustaba a realidad de los hechos, pues en la resolución número uno, emitida por el Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, se declaró improcedente el requerimiento de detención preliminar judicial para la beneficiaria, por lo tanto su detención era ilegal.

3.2. El Fiscal Coordinador en su declaración de fojas trece, refirió que la situación de la demandante Flor Medina Ávila, varió de testigo a investigada y por estar dentro de las veinticuatro horas se aplica la flagrancia delictiva, lo que contraviene lo prescrito en el Articulo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal, respecto a la legalidad de las medidas Limitativas de Derechos, como es la detención que, salvo las excepciones de la Constitución, dichas medidas solo podrán dictarse por la autoridad judicial.

CUARTO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Por escrito del diez de julio del año en curso, corriente a fojas cincuenta y uno, el demandado Arturo Félix Castillo Falero, interpone recurso de apelación contra la citada resolución que declara fundada la demanda de Habeas Corpus, señalando en síntesis que:

41. Hasta el momento de interponer el recurso de apelación no ha sido notificado con la demanda de Habeas Corpus, lo cual afecta su derecho a defensa; más aun si su participación ha sido aislada, mínima y elemental en la investigación

de la ciudadana Flor medina Ávila, pues, quien estuvo a cargo de la misma fue el Fiscal Provincial Fidel Pérez Cárdenas del Tercer Despacho de Investigación de la Quinta Fiscalia Corporativa de Huánuco, siendo su única participación el requerimiento de detención preliminar judicial para la beneficiaria y María del Pilar Orizano Matos.

4.2. El día de la detención de la beneficiaria no estuvo en la DIPROVE –HUÃNUCO y tampoco emitió ningún proveído ni disposición alguna en dicha investigación; situación que no ha sido merituada por la Jueza Constitucional, por lo que la resolución impugnada no se encuentra debidamente motivada, por ser sustancialmente incongruente.

QUINTO: ANÁLISIS, FACTICO Y JURÍDICO DEL COLEGIADO

5.1. Del contenido de la resolución venida en grado se advierte que, no obstante haberse declarado fundada la demanda no se precisa el nombre del agresor, cuya conducta arbitraria motivó la detención arbitraria de la demandante, lo que colisiona con lo prescrito en el Articulo 17° del Código Procesal Constitucional, que señala:

> *"La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso:*
> *(...)*
> ***2) La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;***
> *(...)".*

5.2. En ese orden de ideas, en el caso in comento, se verifica que la sentencia contenida en la resolución número cuatro, de fecha nueve de julio del dos mil doce, concluye que se ha vulnerado el derecho Constitucional a la Libertad Personal de doña Flor Medina Ávila -véase folios treinta y seis a treinta y nueve-; sin embargo, en los fundamentos y la parte resolutivita de la misma, no se *identifica a la autoridad, funcionario o persona de quien provino la violación de Libertad Personal*; ni menos se hace ninguna alusión a la participación del demandado. Tanto más si al Admitirse a trámite la demanda, se indica que el proceso constitucional de Habeas Corpus, está dirigida contra Arturo Félix Castillo Falero, Fiscal de la Quinta Fiscalia Provincial Penal Corporativo de Huánuco -véase resolución número dos de fojas nueve a diez-, precisión que se vuelve a consignar en la parte inicial de la resolución apelada -véase a fojas treinta y seis y siguientes-; empero, en la parte resolutiva no se hace ninguna mención al respecto.

5.3. Como se ha precisado, la demanda de Habeas Corpus, estuvo dirigida contra Artículo Félix Castillo Falero, en su condición de Fiscal Provincial de la Quinta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huánuco; no obstante, al dictarse el

auto admisorio no se dispuso el emplazamiento del demandado, ni menos del Procurador Público –véase fojas nueve y diez-; ahora, si bien, la A QUO no cumplió con emplazar formalmente al Fiscal demandado con la resolución número dos, que admite a trámite la demanda, sin embargo éste, tuvo conocimiento de la acción constitucional dirigida en su contra, por lo mismo que rindió su declaración indagatoria, donde se consigna *"En este acto se le pone en conocimiento de la demanda presentada por Flor Medina Ávila..."* –véase fojas diecinueve-; situación que no ocurrió en el caso del Procurador Público encargado de los Asuntos Judiciales del Ministerio Público, pues siendo el demandado un funcionario fiscal, la Jueza Constitucional debió emplazarlo con la demanda, a efectos que ejerza la defensa del Estado; vulnerándose de esta manera el derecho de defensa, previsto en el artículo 139° inciso 14 de la Constitución Política del Estado; siendo así, corresponde declarar nula la resolución apelada y retrotrayendo las cosas a su estado anterior, la Jueza Constitucional, debe emplazar válidamente al Procurador Público, tal como lo dispone el artículo 7° del Código Procesal Constitucional, debiendo para tal efecto, integrar la resolución número dos de fojas siete, a efectos de consignar el emplazamiento de los demandados y proceder a la notificación de los mismos.

> Art. 7° del CPC. *"La defensa del Estado o de cualquier funcionario o servidor público está a cargo del Procurador Público o del representante legal respectivo, quien deberá ser emplazado con la demanda. Además, debe notificarse con ella a la propia entidad estatal o al funcionario o servidor demandado, quienes pueden intervenir en el proceso. Aun cuando no se apersonaran, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso.* [...]".

5.4. De otro lado, **el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales**, es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones se encuentren debidamente justificadas. Toda decisión que carezca de una motivación adecuada y congruente, constituyen una decisión ilegal en consecuencia vulnera el contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución; en ese orden de ideas, del análisis de los fundamentos de la sentencia emitida por la *A quo*, este colegiado concluye, que si bien la magistrada llegó a determinar que hubo vulneración de la Libertad Personal, según a lo expuesto en el considerando segundo de la sentencia del *"análisis Factico y Juridica"*, que textualmente en el último párrafo refiere que, *[...]* ***su detención deviene en ilegal, más aún si se tiene en cuenta lo indicado por el Fiscal Coordinador en su declaración de fojas 13 y siguientes, que la situación de Flor Medina Ávila, ha variado de testigo a investigada, y que por estar dentro de las veinticuatro horas se aplica la flagrancia; criterio que este Juzgado no comparte, por cuanto, según establece el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal, respecto a la Legalidad de las Medidas Limitativas de Derechos, como lo***

es la detención, solo salvo las excepciones de la Constitución, dichas medidas sólo podrán dictarse por la autoridad judicial"; no obstante ello, como se ha mencionado, no se cumplió con identificar a la persona o autoridad responsable de la privación de la libertad personal de la beneficiaria, ni menos se indicaron los medios probatorios que acrediten tal responsabilidad, en tal sentido se colige que, se ha vulnerado el derecho constitucional a la motivación de las resoluciones, verificándose por el contrario una motivación aparente de la resolución recurrida, lo que colisiona con el contenido del debido proceso [artículo 139° inc. 3 de la Constitución]; más un que, dada la gravedad de los hechos imputados y, ante la decisión adoptada, la Jueza constitucional, debió obtener mayor información antes de emitir la resolución final; siendo así, de conformidad con lo previsto en el inciso d) del artículo 150° del Código Procesal Penal, de aplicación supletoria al presente caso, debe declararse la nulidad de la resolución venida en grado.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos

DECLARARON: NULA la sentencia expedida por él ***A quo*** de fecha nueve de julio del dos mil doce que declara **1) FUNDADA** la demanda de Hábeas Corpus interpuesta por doña FLOR MEDINA AVILA por vulneración de su derecho a la libertad; en consecuencia ORDENO su inmediata libertad, para tal fin, constitúyase el especialista de causa al lugar donde se encuentre detenida, para la inmediata notificación a la autoridad correspondiente. 2)REMÍTASE copias certificadas al Órgano de Control Interno de la Policía y del Ministerio Público, a fin de que procedan conforme a sus atribuciones frente a los indicios de posibles irregularidades en el trámite de la investigación preliminar de Flor Medina Ávila. **3.-** DISPONGO archivar el presente proceso, consentida y/o ejecutoriada que sea la presente resolución.

DISPUSIERON: que la A quo, emita nueva Resolución, teniendo en cuenta los fundamentos antes expuestos, bajo responsabilidad, y encontrándose gozando de Libertad la beneficiaria Flor Medina Ávila, **DÉJESE SUBSISTENTE** su Derecho; **RECOMENDARON** a la Juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria que en lo sucesivo pongan mayor celo en el ejercicio de sus funciones y los DEVOLVIERON. **Juez Superior Ponente doctor Ninaquispe Chávez**, interviniendo el Juez Superior Urdanegui Basurto, por licencia de la Juez Superior Cornelio Soria.- **NOTIFIQUESE.**

Sres.
Ninaquispe Chávez
Flores León
Urdanegui Basurto

(4)

PODER JUDICIAL DEL PERÚ
Justicia Honorable, País Respetable

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO
SALA PENAL DE APELACIONES - NCPP

EXP. N° 00287-2013-29-1201-JR-PE-02- HUÁNUCO.

5EXPEDIENTE	**: 00287-2013-29-1201-JR-PE-02**
ESPECIALISTA	**: MIDIAM SÁENZ ROJAS**
FISCAL SUPERIOR	**: ANA MARÍA CHÁVEZ MATOS**
PROC. PUBLICO	**: PROCURADOR PÚBLICO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR**
SENTENCIADO	**: ZENON JARAMILLO GONZALES**
DELITO	**: PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TID.**
AGRAVIADO	**: EL ESTADO**

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN N° 22
Huánuco, veintinueve de octubre
Del dos mil quince.----------]

VISTOS y **OÍDOS:** La audiencia pública de apelación de sentencia llevada a cabo por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, Colegiado integrado por los señores Juez Superiores Dr. Elmer Richard Ninaquispe Chávez -Presidente y Director de Debates-, Ebert Raúl Quiroz Laguna y Víctor Raúl Torres Castañeda -Por impedimento del magistrado Jaime Gerónimo de la Cruz-.

I. DECISIÓN IMPUGNADA:

1.1. Es materia de pronunciamiento el recurso de apelación interpuesto por el encausado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES**, contra la resolución N° 15 que contiene la sentencia del 24 de julio del 2015, mediante la cual el Juzgado Penal Colegiado Transitorio Supraprovincial de Huánuco, **FALLÓ CONDENANDO** al acusado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES**, como autor y responsable del delito contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad de **PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS,** en agravio del Estado Peruano; y como tal le **IMPUSIERON** ocho años de pena privativa de libertad efectiva; fijaron en **cinco mil nuevos soles como reparación civil** a favor del Estado Peruano, así como al pago de **doscientos días multa**; e **inhabilitación** por el plazo de **dos años.**

1.2. Dicha sentencia fue materia de impugnación por la defensa técnica del sentenciado, conforme fluye del escrito de fundamentación de folios doscientos sesenta y uno y siguientes, donde como pretensión concreta solicita que revocándose la impugnada se le absuelva de la acusación fiscal. Por resolución N° 16, del 07 de agosto del 2015, se concedió el recurso disponiendo su elevación a esta instancia, donde tras desarrollarse el trámite conforme a la norma procesal pertinente, con fecha 20 de los corrientes se desarrolló la audiencia de apelación; en ese contexto, escuchado los alegatos orales de la

I

defensa técnica, Representante del Ministerio Público -en adelante RMP- y la defensa material del sentenciado, el Colegiado procedió a deliberar en sesión secreta y a votar las cuestiones controvertidas, consecuentemente se procede a emitir la presente sentencia de vista **en unanimidad**.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: SÍNTESIS DEL FACTUM:

1.1. Conforme fluye del requerimiento acusatorio de folios doce y siguientes, el componente fáctico contra **ZENON JARAMILLO GONZÁLES** se circunscribe en que el **05 de Abril del 2013**, siendo las 16:40 horas, aproximadamente, personal policial de la División de Patrullaje a Pie (DEPATPIE) integrado por el Mayor William Paredes Beraún, SO3 Pablo Tolentino Lazo y SO3 Ronal Palomino Dávila, realizó un operativo a la altura del lugar conocido como "Kotosh", con la finalidad de identificar y capturar a personas requisitoriadas y vehículos con orden de captura, en esas circunstancias lograron intervenir al vehículo ómnibus de placa de rodaje UM-1342, perteneciente a la empresa de transportes "CHASQUI", conducido por **Joseis Rojas Zevallos**, cuando se desplazaba de la localidad de Tantamayo[1] a la ciudad de Huánuco, procediendo a solicitar los documentos personales de pasajeros, para luego previa autorización practicar el registro superficial del vehículo, encontrando en el porta equipajes -parrilla-, ubicado a la altura de los asientos N° 27 Y 28, un equipaje consistente en una caja de cartón con el logo "Cracknel", el mismo que contenía en su interior varios paquetes de forma ovalada, y que al introducir el probador metálico en un paquete cogido al azar se extrajo una sustancia pulverulenta, que al ser sometida al reactivo químico arrojó una coloración azul-turquesa, indicativo positivo para alcaloide de cocaina; asimismo al realizar el registro global de pasajeros, advirtieron que en el **asiento N° 13** -ventana-, el mismo que se encontraba desocupado, hallándose en dicho asiento una toalla color azul con la figura de un bote velero y una chompa de color beige, con cuello "V", de sexo masculino; y de inmediato se preguntó a la pasajera del asiento N° 14, doña Tomasa Ramírez Vega, quien refirió que una persona desconocida, de sexo masculino se encontraba viajando en dicho asiento, y que este salió a miccionar cuando la policía empezó a solicitar los documentos personales, no habiendo retornado desde ese momento, el mismo que fue identificado posteriormente como **ZENON JARAMILLO GONZALES** -ahora sentenciado-, como la persona que habría estado transportando la sustancia ilícita.

1.2. Los hechos descritos fueron calificados como delito Contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas en la modalidad de Promoción o Favorecimiento al consumo Ilegal de Drogas Tóxicas mediante actos de transporte, previsto y saciando en el primer párrafo del artículo 296° del Código Penal.

[1] **El distrito peruano de Tantamayo** es uno de los once distritos de la provincia de Huamalíes, en el departamento de Huánuco, bajo la jurisdicción del gobierno regional de Huánuco, Perú. Limita por el norte con el distrito de Jircán; por el sur con el distrito de Jacas Grande; por el este con el distrito de Monzón; y, por el oeste con el distrito de Chavín de Pariarca y el departamento de Áncash.

Javier Genaro Ayala Libias y por parte de Joseis Rojas Zevallos, respecto a la primera acta de reconocimiento indica que la propia testigo la puso en tela de juicio, al señalar en Juicio Oral que su persona en ningún momento habría mencionado lo consignado en el acta, aunado a ello la defensa refirió que la testigo antes citada seria analfabeta, el segundo reconocimiento se realizó con fecha 29 de abril de 2013, es decir después de mucho tiempo a lo que se produjeron los hechos, por lo que no sería creíble que una persona después de mucho tiempo pueda reconocer las características físicas de un pasajero, toda vez que en sus declaraciones mencionó que se trataría de una persona de contextura gruesa, por lo tanto no guarda relación con lo que sucede en la realidad, en razón que su defendido es de contextura regular, sobre el tercer acta de reconocimiento de ficha RENIEC, indica que fue realizada con fecha posterior al día de los hechos, esto es, el 11 de abril de 2013, y de igual forma recae en el mismo error, esto al indicar que es de contextura gruesa e inclusive no coincide en el tipo de peinado; asimismo respecto a los testigos que fueron sometidos al acta de reconocimiento, no contaban con sus documentos personales; sobre el acta de prendas, manifiesta que no puede probar la responsabilidad de su defendido, aunado a ello indica que la sustancia ilícita fue encontrada en el asiento N° 27 y 28, mas no en el asiento N° 13, lugar que supuestamente ocupaba su defendido, conforme así queda demostrado a través del Acta de comiso y hallazgo de droga. Finalmente respecto al Acta de Registro Global de pasajeros, se debe tener en cuenta que el vehículo intervenido presta servicios interprovincial; sin embargo la empresa no contaba con la relación de sus pasajeros, toda vez que no emitían boletos de viaje, por lo que refleja una actividad informal por parte de la empresa. En tal sentido la defensa refirió que no existe certeza procesal para incriminar a su patrocinado como responsable de la comisión del delito de Tráfico Ilícito de Drogas.

ALEGATOS DE CIERRE:

2.5. La ***defensa técnica*** en su alegatos finales indica que no existe la certeza sobre la responsabilidad de su defendido, por cuando de acuerdo a la intervención, la droga fue encontrada en los asientos N° 27 y 28 del referido vehículo, en tanto que su defendido "aparentemente" habría estado en el asiento 13; indica que se le incrimina por cuanto los pasajeros del vehículo dieron el nombre de un tal "Jaramillo" como el propietario de la sustancia ilícita, empero considera que aquel dato es insuficiente para condenarlo. Sobre las acta de reconocimiento por ficha RENIEC por parte de doña Tomasa Ramírez Vega, -suegra del sentenciado- manifiesta que durante el juico oral contradijo y puso en duda la práctica del acta de reconocimiento realizado por su persona, al manifestar que no reconoció al acusado y que el personal policial le hizo firmar el acta; sobre las dos restantes acta de reconocimiento por ficha RENIEC, realizado por don Joseis Rojas Zevallos -**conductor del vehículo**-, y por don Javier Genaro Ayala Libias -**ayudante del vehículo**-, indica que se practicaron en fecha posterior al día de los hechos, por lo que no pueden ser considerados para emitir una sentencia condenatoria; por lo que considera que no existe certeza que su patrocinado se encontraba como pasajero en el vehículo intervenido, consecuentemente que haya estado transportando la sustancia ilícita encontrada en los asientos N° 27 y 28. Señala

que su patrocinado demostró que la fecha de los hechos, 05/04/2013 celebró sus cumpleaños al lado de sus familiares en su domicilio ubicado en el Centro Poblado San Juan de Pampas, y que posteriormente se trasladó a la loza deportiva del Pueblo con el fin de realizar prácticas deportivas.

Sostiene que el Colegiado A quo realizó una valoración errónea de la declaración de Cristian Vega Gallo, con quien estuvo su defendido jugando futbol el día 05 de abril de 2013 en el Centro Poblado San Juan de Pampas; por todo lo cual solicita la absolución de su patrocinado.

2.6. Por su parte la ***RMP*** en sus alegatos de cierre indica que la materialidad del delito se encuentra acreditado con el Acta de Reconocimiento por ficha Reniec por parte de doña Tomasa Ramírez Vega, suegra del sentenciado; si bien en juicio oral niega lo manifestado en dicha acta, y que habría sido amenazada por los efectivos policiales a fin de firmar el documento, empero indica que el acta fue recaba en presencia del Representante del Ministerio Publico e incluso con un defensor de oficio, coligiéndose la responsabilidad penal del ahora sentenciado; indica que durante el Juicio Oral el efectivo policial que intervino el vehículo el SOS PNP Ronald Palomino Dávila manifestó que el vehículo es el mismo donde se encontró la sustancia ilícita y que los pasajeros en forma conjunta manifestaron que la caja que contenía la droga le correspondía a una persona identificado con el apellido de "Jaramillo"; por todo lo cual solicita que se confirme la sentencia venida en grado.

DEFENSA MATERIAL

2.7. El acusado al efectuar su defensa material señala que: *"no conoce al conductor ni ayudante del vehículo intervenido, desconociendo como hayan podido reconocerlo. Finalmente afirmó ser inocente de todos los cargos en su contra".*

III. DEL MARCO NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIA

3.1. Los medios impugnatorios son mecanismos procesales establecidos legalmente, que permiten a los sujetos legitimados peticionar a un Juez o a su Superior, reexamine un acto procesal o todo un proceso que le ha causado perjuicio, a fin de lograr que la materia cuestionada sea parcial o totalmente anulada o revocada. En ese sentido el Recurso de Apelación viene a ser el medio impugnatorio por excelencia -*debido a la amplia libertad de acceso a éste*- al que se le encomienda la función de hacer efectivo el tan mentado Derecho al recurso.

3.2. Por su parte el artículo 419° del Código Procesal Penal, en su numeral uno establece las facultades de la Sala Penal Superior, precisando que la apelación, atribuye a la Sala Superior dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida, tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho. El numeral 2) del artículo 425° del misma norma procesal, 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.

3.3. En ese sentido es necesario precisar que la sentencia es el medio ordinario de dar término a la pretensión punitiva, teniendo como consecuencia la cosa juzgada, todo ello con relación al delito que fue materia de investigación y a la persona inculpada del mismo. Toda declaración de orden penal, debe realizarse respetando los mecanismos procesales que rigen el debido proceso, como garantía de la administración de justicia, por lo que la decisión judicial tomada, tiene que sustentarse en una adecuada evaluación de los medios probatorios actuados en su conjunto, lo cual será determinante para pronunciar una resolución sobre el fondo, que declare la responsabilidad o irresponsabilidad del imputado en los hechos que le son atribuidos, siendo obligación del Juzgador precisar con argumentos coherentes, consistentes y fundados, cuáles fueron aquellas pruebas que lo llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del investigado.

IV. ANÁLISIS, VALORACIÓN Y RESPUESTA DEL TRIBUNAL SUPERIOR A LA PRETENSIÓN DEL APELANTE:

Teniendo en cuenta que en el juicio de apelación no hubo actuación probatoria, es del caso examinar la decisión judicial venida en grado en consideración a la actuación probatoria producida en el juzgamiento oral, los cuestionamientos del apelante el que constituye el limite de pronunciamiento, la posición de la parte recurrida y la normatividad jurídica aplicable; bajo ese contexto se aprecia que:

5.1. Con fecha 10 de junio del 2015 se inició el juicio oral contra el acusado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES**, conforme es de verse del acta de su propósito de folios ciento cincuenta y dos y siguientes, desarrollándose el plenario en sesiones del 18 y 25 de junio, 07, 16, 17 y 21 de julio, fecha última en que el Colegiado A quo expidió la sentencia condenatoria ahora controvertida, justificado en que:

i. La materialidad del delito se acredita con acta de registro vehicular y comiso de droga, que da cuenta que a la altura de los asientos 27 y 28 del vehículo intervenido, se halló una caja de cartón con la sustancia ilícita, de forma ovalada en bolsas de plásticos, el que al ser sometido a la prueba de campo y posterior análisis químico, resultando positivo para pasta básica de cocaína, con un peso de 7.370 kg., conforme al Dictamen Pericial de Pericia Química de Drogas N°. 3487/2013.

ii. Por su parte se indicó que la responsabilidad del sentenciado se acreditó con el mérito del Parte S/N 2013-RECPOLSEN-DIRTEPOL-HCO-APIE, donde se indica que la persona que descendió del vehículo, presunto propietario de la sustancia ilícita correspondería a la persona de "Jaramillo", que viajaba en el asiento 13 a costado de doña Tomasa Ramírez Vega; asimismo se merituó el acta de Reconocimiento

mediante fichas de Reniec de parte de Tomasa Ramírez Vega, quien tras dar las características de la persona que viajaba a su lado y mostrárseles las fichas del RENIEC reconoció al acusado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES** como la persona que viajaba a su lado, produciéndose a decir del Colegiado A quo, la identificación del propietario de la droga; expresándose que dicho instrumento se corrobora con las actas de reconocimiento en fichas de Reniec a los testigos Joseis Rojas Líbias (conductor) y Javier Gerardo Ayala Líbias (ayudanta), quienes en ese mismo sentido reconocen al acusado como la persona que se bajó del vehículo el día de la intervención, agregándose a todo ello lo sostenido por el SO3-PNP Ronald Palomino Dávila en juicio oral, donde indicó que los pasajeros del vehículo intervenido señalaron que el dueño del paquete era un tal "Jaramillo".

5.2. Ahora bien, previo a dilucidar la controversia impugnativa, este Colegiado ha considerado necesario fijar el límite de impugnación amen de lo considerado en la sentencia **CASATORIA N° 413-2014-LAMBAYEQUE**, del 07 de abril del 2015, en cuyo fundamento vigésimo cuartos señala: *"(...) 1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante. 2. Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutiva no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas. 3. La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio (...)"*. **En tal sentido, se tiene que la mencionada disposición delimita el ámbito de alcance del pronunciamiento del Tribunal Revisor. La razón por la que se estableció esta regla obedece a no afectar dos garantías básicas del proceso penal. La primera es el derecho de defensa, pues si el Tribunal Revisor modifica, sea aumentando o retirando parte de los actos procesales no impugnados, deja en indefensión a una de las partes que no planteó sus argumentos antes que el pronunciamiento sea emitido. La segunda es el derecho a la seguridad jurídica, pues podría afectase resoluciones que tienen el carácter de consentidas, lo que resulta sumamente lesivo para esta institución.**

En ese sentido, teniendo en cuenta lo debatido durante la audiencia, conforme a los términos expresados en el fundamento II de la presente sentencia, el límite de impugnación se circunscribe en determinar si: **i)** existe suficiencia probatoria para establecer con certeza que el acusado estuvo en el vehículo intervenido ocupado el asiento N° 13; y, ii.- si como tal es el propietario de la droga hallada en la canastilla entre los asientos posteriores N° 27 y 28. Es de acotar que de acuerdo al límite de impugnación, no esta en cuestionamiento el rubro asociado a la materialidad del delito, conforme así lo expresó la defensa, de modo que este Colegiado no ingresará al análisis de dicha esfera, teniendo en consecuencia como **DATO FÁCTICO PROBADO**.

5.3. En ese contexto, previo a resolver el fondo del objeto controvertido conforme al límite de impugnación, resulta necesario indicar el hecho concreto de imputación, en ese sentido, conforme aparece del requerimiento acusatorio de folios uno y siguientes, se le atribuye al ahora sentenciado **AURELIO ROMERO PONCE,** ser el propietario de la sustancia ilícita hallada al interior del ómnibus de placa de rodaje UM-1342, perteneciente a la empresa de transportes "CHASQUI", y que habría ocupado el siendo N° 13, conforme al reconocimiento efectuado por doña Tomasa Ramírez Vega, quien ocupó el asiento N° 14.

5.4. El derecho a la presunción de inocencia se consolida como una de las garantías más importantes del ciudadano. Por ello, el Tribunal Constitucional Peruano ha tenido ocasión de decir sobre este derecho fundamental:

> *En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)". De igual modo, el citado derecho es enfocado en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En relación con esta última, "(...) la Corte ha afirmado que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad es demostrada" (STC 10107-2005-HC)*

En cuanto a su contenido, conviene resaltar en este lugar la exigencia de una suficiente actividad probatoria, de cargo y constitucionalmente legítima, como base indispensable para destruir el derecho a la presunción de inocencia. Nuevamente, trayendo a colación la jurisprudencia constitucional, podemos decir que:

> *"(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción" (cfr. STC 0618-2005-PHC/TC, FJ 22).*

En el fundamento III de la sentencia Casatoria 10-2007- TRUJILLO, del 29/01/2008, Sala Penal Permanente señaló que: "[...] Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente. Ello quiere decir, primero, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a

sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- **y a la vinculación del imputado a los mismos**, y, **segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio[...]**.

Por su parte en el fundamento sexto de la sentencia Casatoria 05-2007-HUAURA se expresó: "[...] La sentencia de fondo que resuelva las pretensiones debe estar jurídicamente fundada. (...)Los órganos jurisdiccionales deben hacer explícitos los elementos de convicción que sustentan la declaración de hechos probados, a fin de acreditar la concurrencia de prueba de cargo capaz de enervar la presunción constitucional de inocencia y asimismo ofrecer un razonamiento jurídico lógico y sustentado en valores jurídicamente aceptables de la fundamentación que sostiene la subsunción en la norma penal aplicable. Si bien 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 INCONMOVIBLE [...]"**.

5.5. En atención a lo señalado, luego de haber revisado la integridad de los actuados y haber escuchado los audios del juicio oral, este Colegiado ha podido constatar que la actividad probatoria realizada no resulta suficiente para establecer fundadamente que el imputado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES** sea el autor del delito que se atribuye, ya que las pruebas valoradas no tienen un carácter incriminatorio capaz de sostener un fallo condenatorio, veamos como:

En primer orden, del componente fáctico, y así quedó establecido, fluye que la sustancia ilícita -pasta básica de cocaína. con un peso de 7.370 kg-, fue hallada en el porta equipajes (canastilla) del vehículo ómnibus de placa de rodaje UM-1342 entre los asientos 27 y 28, que eran ocupados por **GELSI MARYVONNE ESPINOZA MALLQUI** (19) y **DELFINA MALLQUI ORTIZ** (47) conforme así se expresa en el acta de registro vehículo de folios ochenta y siete, mientras que el presunto propietario de la sustancia ocupaba el asiendo N° 13. En esta parte cabe un primer cuestionamiento hacia la actuación del RMP -nivel provincial-. quien soslayó su deber de persecutor del delito y director de la investigación, al no disponer auténticos actos de investigación, como pudo ser la entrevista de los pasajeros de los asientos 27 y 28, quienes pudieron haber esclarecido las circunstancias

en que la caja de cartón con el logo de galletas "Craknel" fueron colocados en el porta equipajes de aquellos asientos, y si fuera posible la identificación del sujeto, nada de eso se realizó, centrándose únicamente en las acta de reconocimiento de personas a través de fichas del RENIEC realizadas por Tomasa Ramírez Vega -pasajera del asiento N° 14-, Joseis Rojas Zevallos -chofer del vehículo, y Javier Genaro Ayala Libias -ayudante del vehículo-; quienes si bien coinciden en reconocer al acusado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES** como la persona que viajaba como pasajero en el asiento N° 13 y que después que el efectivo policial interviniente hiciera bajaj a las personas para su identificación, éste no abordó; sin embargo, ninguno de estos instrumentos indica que al acusado haya sido el sujeto quien subió con aquella caja, esto es, las actas de reconcomiendo, jamás estuvieron orientados a verificar si el acusado a quien se le estaba reconocimiento fue también el propietario de la sustancia ilícita, sino únicamente ha establecer que habría ocupado el indicado asiento, empero ni esta última situación pudo acreditarse, puesto que no se cuenta con datos de corroboración periférica que permitan validar el contenido de las acta de reconocimiento de personas; por el contrario, estos instrumentos merecieron diversos cuestionamientos tanto por la defensa técnica y por resultado propio del desarrollo del proceso, así, la testigo Tomasa Ramírez Vega durante el Juicio Oral, precisamente en la sesión del 18/06/2015, negó el contenido del acta de reconocimiento asegurando que lo firmó por que es iletrada y porque no le quisieron entregarle su DNI, que conoce al acusado por ser su yerno -pareja de su hija-, que aquel se quedó en su pueblo San Juan de Pampas por motivos de su cumpleaños y que el sujeto quien ocupada el asiendo N° 13 era un sujeto desconocido que durante todo el trayecto venia acurrucado y durmiendo y que cuando se realizó la intervención salió del vehículo aduciendo ir a miccionar; en efecto, este Colegiado al escuchar del audio de la sesión del juico advierte que, cuando se le pidió a la testigo leer el contenido del acta de reconocimiento, esta no pudo leerlo, mas sí con la ayuda de una tercera persona, cuya voz se escucha en el fondo del audio, limitándose la testigo a reproducir lo que se le lee; de modo que la versión mostrada por la indicada testigo durante el juicio oral, escenario principal del proceso, no permite validar a plenitud el contenido del acta de reconocimiento, mas aún si el relato de esta testigo durante la fase preliminar no siempre fue con contenido incriminador, conforme puede verificarse del acta de hallazgo de prenda de folios noventa y dos -recibida a horas 20:40 del dia 05/04/2013- y su entrevista preliminar de folios ciento cincuenta y ocho, -recabada el 05/04/2015 a horas 18:50-, donde aseguró desconocer a la persona que estuvo sentado a su costado y que era la primera vez que lo había visto, no puede perderse de vista que el acta de hallazgo de prenda fue realizada mucho después de haberse practicado el acta de reconocimiento; aunado a ello debe sostenerse que respecto de las dos restantes actas -del chofer y ayudante respectivamente-, existen serios cuestionamientos, como lo es que fueron actuados luego de 06 y 24 días de ocurrido los hechos pese a que estos concurrieron a la DIVANDRO, resultando aún mas cuestionable que para aquellas diligencias no se contó con la presencia de un abogado defensor, teniendo en cuenta que para entonces el acusado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES ya** se encontraba comprendido como presunto autor del delito por el merito del reconocimiento de Tomasa Ramirez Vega, esto es, ya existía imputación en su contra, por tanto

era inescindible la presencia de un abogado defensor; máxime si esta situación era de conocimiento del Fiscal actuante al haber sido el mismo que participó en el primer reconocimiento.

En segundo orden, resulta también cuestionable el modo y la forma como es que se habría logrado identificar al acusado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES; a** decir del acta del Parte Policial S/**N -2013-REGPOL-CENTRO** de folios ochenta y seis, habrían sido **LOS PASAJEROS** quienes al unísono habrían indicado que el sujeto que bajó del vehículo en circunstancias que se les solicitó sus documentos de identidad es de apellido "**JARAMILLO**" y es sobre es base se recabaron las fichas del RENIEC y posteriormente se desarrolló el reconocimiento de persona; sobre este asunto, el numeral 2) del artículo 166° del CPP señala que, *"[…]* ***2. Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado*** *[…]";* en el caso de autos para validar la declaración de los pasajeros, se debió cuanto menos entrevistarlos para de ese modo establecer la fuente de conocimiento de donde surgió el apellido "JARAMILLO", nada de eso se realizó pese a que el RMP dispuso el traslado del vehículo conjuntamente con los pasajeros a la DIVANDRO, de modo que no podríamos asegurar que aquel hecho ocurrió, por ende resultan también cuestionables las actas de reconocimiento al tener su origen justamente en la información de los pasajeros;

5.6. La deficiente investigación que se viene denunciado que justamente desencadena en un pronunciamiento de tipo positivo (absolución), además se constata cuando en el requerimiento acusatorio únicamente le ofrece la declaración de dos efectivos policiales, el SO3 Pablo Tolentino Lazo y el SO3 Ronal Palomino Dávila, mas no así del Mayor William Paredes Beraun quien también aparece suscribiendo el parte policial de folios ochenta y seis y siguiente, a cuyo mando estuvo el operativo destinado a la identificación y capturar a personas requisitoriadas y vehículos con orden de captura en la zona de la intervención del vehículo (Kotosh); lo que es mas, durante el plenario como pruebas de cargo únicamente se recibieron la declaración del SO3 Ronal Palomino Dávila, quien lejos de validar la actuación policial, dijo que los asientos N° 27 y 28 estaban sin pasajeros, cuando el acta de registro vehículo de folios ochenta y siete expresa la identidad de las personas que las ocupaban; se recibió también la declaración de Tomasa Ramírez Vega, quien en lo sustancial dijo que el acusado era su yerno y que el día de los hechos se quedó en su vivienda por motivos de sus cumpleaños, negando haberlo reconocido; sobre este asunto se ha contado con la presencia del testigo Cristian Gallo Vega, quien señaló que el día 05/04/2015 estuvo en la localidad de San Juan de Pampas, habiéndose encontrado con el acusado en horas de la mañana y que ese día se celebró sus cumpleaños, dato factico que se corrobora con lo sostenido con el acusado en juicio quien a parte de negar su participación en los hechos, dijo que el día 05/04/2013 celebró con sus

familiares su onomástico habiéndose encontrado con el testigo Cristian Gallo Vega y otras personas de la zona, lo que se corrobora con lo expresado en la acusación fiscal donde en el rubro de la identificación del imputado se consigna como su fecha de nacimiento el día 05/04/1983; así cosas, resulta evidencia que la actividad probatoria desplegada durante el juicio oral resulta insuficiente para pronunciar una decisión de condena; más aun si el RMP solicitó se prescinda de sus órganos de prueba de cargo, entre otros, del examen la actuación del examen del testigo Joseis Rojas Zevallos y el PNP Pablo Tolentino Lazo.

5.7. Visto así el asunto planteado, no queda mas alternativa que pronunciar en contraposición a lo sostenido por el Colegiado A quo, una decisión absolutoria, en tanto y en cuanto no se tiene al menos un dato indiciario de vinculatoriedad del acusado con el delito que se le atribuye, esto es, no existe certeza para asegurar que el acusado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES** haya sido el pasajero que ocupó el asiento N° 13, por ende, mucho menos, que sea el propietario de la droga hallada en la canastilla entre los asientos posteriores N° 27 y 28; de modo que la simple acreditación del delito, sin corroboración de autoría, resulta in suficiente para expedir una sentencia condenatoria; en ese contexto, controlando lo efectuado por el Colegiado A quo se verifica que estos no efectuaron un adecuado razonamiento jurídico lógico del asunto, habiendo otorgado valor probatorio respecto de órganos de prueba cuyas declaraciones no consolidad una posición de incriminación, por lo que antes este escenario corresponde pronunciar la absolución del acusado.

5.8. Lo resuelto y decidido es consecuencia de la deficiente actuación del Fiscal Provincial partícipe de la fase de investigación y juzgamiento respectivamente, ya que no propició la actuación de actos de investigación pertinentes al caso, tampoco hizo el esfuerzo por requerir la concurrencia sus órganos de prueba, denotándose un actuar poco diligente y objetivo; no habiendo cumplido con su deber de persecutor del delito[2] y de la carga de la prueba[3], situación que impide a este Colegiado establecer en grado de certeza la responsabilidad del acusado.

I. SOBRE EL SEÑALAMIENTO DE COSTAS

Conforme el artículo 497.3 del Código Procesal Penal, las costas están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo, total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso; en el presente caso al haberse acogido la pretensión del recurrente no cabe la imposición de costas.

DECISIÓN:

[2] Art I° LOMP. "El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales (...) la persecución del delito (...)"
[3] Art.I 14°LOMP. "Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercita..."

Por los fundamentos antes expuestos, la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, por unanimidad **RESUELVEN:**

1. **DECLARANDO FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado; en consecuencia,

2. **REVOCARON** la resolución N° 15 que contiene la sentencia del 24 de julio del 2015, mediante la cual el Juzgado Penal Colegiado Transitorio Supraprovincial de Huánuco, **FALLÓ CONDENANDO** al acusado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES**, como autor y responsable del delito contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad de **PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS,** en agravio del Estado Peruano; y como tal le **IMPUSIERON** ocho años de pena privativa de libertad efectiva; fijaron en **cinco mil nuevos soles como reparación civil** a favor del Estado Peruano, así como al pago de **doscientos días multa**; e **inhabilitación** por el plazo de **dos años**; y,

3. **REFORMÁNDOLA: ABSOLVIERON** de la acusación fiscal al acusado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES**, por el delito contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad de **PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS,** en agravio del Estado Peruano; consecuentemente, **MANDARON** que consentida y/o ejecutoriada sea la presente sentencia se **ARCHIVE** el proceso en el modo y forma correspondiente; **ANULÁNDOSE** los antecedentes penales, policiales y judiciales que se hayan generado en el presente proceso, debiendo cursarse los oficios respectivos; **SIN COSTAS**;

4. Y, **ADVIRTIÉNDOSE** que el acusado **ZENON JARAMILLO GONZÁLES** se encuentra recluido en el establecimiento penal de sentenciados de Huánuco - ex Potracancha, **DISPUSIERON** su inmediata libertad, siempre y cuando no registre orden de detención emanada por otra autoridad judicial, debiendo **GIRARSE**, en el día y bajo responsabilidad la papeleta de excarcelación correspondiente, **OFICIÁNDOSE** con dicho fin. **NOTIFICÁNDOSE** y los devolvieron.-

Juez Superior, Director de Debates: Señor Ninaquispe Chávez.

S.s.

Ninaquispe Chávez. Pdte. y DD.

Quiroz Laguna.

Torres Castañeda

1.3. Tras desarrollarse el Juicio Oral, el Juzgado expidió la sentencia ahora controvertida mediante la cual condenó al acusado bajo los términos señalados precedentemente.

II. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA:

ALEGATOS DE ENTRADA

2.1. La ***defensa técnica*** en sus alegatos de entrada solicita que revocándose la recurrida se absuelva a su defendido de la acusación fiscal por existir duda sobre su responsabilidad.

2.2. Por su parte la ***Fiscal Adjunto Superior***, solicita que se confirme la recurrida por encontrarse debidamente motivada y que la responsabilidad del sentenciado se encuentra suficientemente acreditada.

SOBRE LA ACTUACIÓN PROBATORIA, EL INTERROGATORIO DEL ACUSADO Y ORALIZACIÓN DE INSTRUMENTOS

2.3. La Especialista Judicial de Audiencias indicó que no existe ningún medio probatorio para ser actuado en esta instancia. En cuanto al interrogatorio del acusado, este aceptó ser examinado, en ese sentido al interrogatorio efectuado por la **RMP, en lo sustancial** respondió: "*que, conoce a Tomasa Ramírez Vega por ser su suegra, con quien no tiene enemistad, indica que jamás le comentó sobre lo sucedido el 05/04/2013, y que ese día estuvo celebrando sus cumpleaños con sus familiares en su domicilio en el Centro Poblado San Juan de Pampas. Indica que tuvo conocimiento del presente proceso en el mes de octubre de 2013.* Al interrogatorio efectuado por la **Defensa Técnica** respondió que: "*el día 05/04/2013 celebró sus cumpleaños junto a su familia y a partir de las cuatro de la tarde se acercó a la loza deportiva de su pueblo junto a sus amigos Cristian Vega y Percy Palacios Rojas con el fin de hacer deporte; manifestó que no tiene ninguna otra investigación en su contra. Indica que su suegra viajó a esta ciudad de Huánuco el 05 de abril del 2013 junto a su hijo, con el fin de realizar una cobranza en la empresa* ***-mega inversiones****- donde también trabajaba, y que él viajó al día siguiente al saber que ya estaban pagando. Por último indica que su suegra es analfabeta*".

2.4. Sobre la oralización de instrumentos, la **Defensa** solicitó la oralización de los siguientes instrumentos: **i)** ***EL ACTA DE REGISTRO GLOBAL DE PASAJEROS,*** indicando que en ella no aparece el nombre de su defendido, y que tampoco se consignó la existencia de algún boleto de viaje o algún otro documento que acredite que su defendido estuvo viajando en el ómnibus intervenido. ii) ***EL ACTA DE REGISTRO VEHICULAR DE FECHA 05 DE ABRIL DE 2013 A HORAS 17:30,*** sobre este último indica que no se realizó en el lugar de los hechos, lo que pudo haber ocasionado la alteración de la escena del crimen. Por su parte la RMP cuestiona lo alegado por la defensa indicando que el vehículo fue traslado a la unidad policías a efectos de realizarse las diligencias

con las garantías del caso, toda vez que el vehículo fue intervenido en la Carretera Central.

Por su parte la **RMP** solicitó la oralización de: **i)** ***EL PARTE S/N-2013 REGPOL-CENTRO/PIRTEPOL-HCO-DIPATPIE***, redactado el 05 de abril de 2013, a horas 16:40 horas aproximadamente, con ello se acredita el día y la hora que fue encontrado una caja conteniendo pasta básica de cocaína, y que los pasajeros manifestaron que pertenecía a una persona de sexo masculino de apellido "Jaramillo". **ii)** ***EL ACTA DE REGISTRO VEHICULAR***, de fecha 05 de abril de 2013, a horas 17:30 aproximadamente, con el que se acredita la existencia de la sustancia ilícita; **iii)** ***EL ACTA DE REGISTRO GLOBAL DE PASAJEROS***, de fecha 05 de abril, a horas 17:50 aproximadamente, indica que esta acta fue levantada en la Unidad Policial, constatándose y verificándose la presencia física de pasajeros que se encontraban en el interior del vehículo. **iv)** ***EL ACTA DE APERTURA DE EQUIPAJE, PRUEBA DE CAMPO, ORIENTACIÓN Y DESCARTE, PESAJE, COMISO Y LACRADO DE DROGA***, de fecha 05 de abril de 2013, a horas 18:00 aproximadamente, a través de dicho documento se acredita la materialidad del delito. **v)** ***EL ACTA DE HALLAZGO DE PRENDA***, de fecha 05 de abril de 2013, a horas 20:40 aproximadamente, mediante ella se tiene que las prendas encontradas pertenecen a una persona de sexo masculino y además que al costado del asiento donde se encontraron las prendas estuvo la persona de Tomasa Ramírez Guerra. **vi)** ***EL ACTA DE ENTREVISTA PRELIMINAR DE TOMASA RAMÍREZ VEGA***, de fecha 05 de abril de 2013, que la citada persona, previo a mostrársele fotografías de RENIEC del supuesto imputado, había descrito físicamente a la persona que se encontraba sentado a lado suyo, **vii)** ***EL ACTA DE RECONOCIMIENTO DE FICHA RENIEC POR PARTE DE TOMASA RAMÍREZ VEGA***, de fecha 05 de abril de 2013, a horas 19:40 aproximadamente, la pertinencia se sustenta en que la citada testigo reconoció al ahora sentenciado, como la persona que se sentó en el asiento N° 13 y que posteriormente después de la intervención policial no retornó a su asiento respectivo; asimismo refirió que dejo sus prendas de vestir, **viii)** ***ACTA DE RECONOCIMIENTO DE FOTOGRAFÍA POR SISTEMA DE RENIEC POR PARTE DE JAVIER GENARO AYALA LIBIAS***, de fecha 29 de abril de 2013, donde se procedió a realizar el reconocimiento por parte del conductor del vehículo, quien indicó que el pasajero no regresó a ocupar el asiento, **ix)** ***EL ACTA DE RECONOCIMIENTO POR SISTEMA DE RENIEC POR PARTE DE JOSEIS ROJAS ZEVALLOS***, de fecha 11 de abril de 2013, donde éste reconoce que al ahora sentenciado como el pasajero y propietario de la sustancia ilícita encontrada en el vehículo ómnibus, **x)** ***EL RESULTADO PRELIMINAR DE ANÁLISIS QUÍMICO***, de fecha 02 de mayo de 2013, con el que se acredita la materialidad del delito, **xi)** ***DICTAMEN PERICIAL DE QUÍMICA*** **(DROGAS)**, de fecha 02 de mayo de 2013, que acreditara la objetividad del delito de Tráfico Ilícito de Drogas. **La defensa cuestiona los acotados instrumentales sosteniendo que la materialidad del delito, es diferente a la responsabilidad del mismo, la materialidad no es discutida por la defensa técnica, toda vez que se encontró la sustancia ilícita; empero si cuestiona la responsabilidad del delito**; en ese contexto cuestiona el Acta de Reconocimiento de Ficha Reniec por parte de Tomasa Ramírez Vega,

JUZGADO PENAL COLEGIADO TRANSITORIO SUPRAPROVINCIAL
EXPEDIENTE : 00287-2013-29-1201-JR-PE-02
JUECES : BERNARDO ROJAS RUBEN
DAVILA JORGE, WALTER
(*)SANCHEZ ALVAREZ JORGE LUIS
ESPECIALISTA : ALOMIA VALDERRAMA, MADELEINE

SENTENCIA DEL COLEGIADO N° 75 -2015

RESOLUCIÓN N° 15
Huánuco, veinticuatro de julio
de dos mil quince.-

VISTOS Y OIDOS; La Audiencia pública de Juicio oral, interviniendo los magistrados **RUBEN BERNARDO ROJAS** como Director de debates, **WALTER DAVIA JORGE Y JORGE LUIS SANCHEZ ALVAREZ** como miembros integrantes, del Juzgado Colegiado Supra Provincial de Huánuco, deliberado las cuestiones controversiales, se procede a dictar sentencia, bajo los siguientes términos:

I. DATOS PERSONALES DEL ACUSADO:

ZENON JARAMILLO GONZALES, (31) años de edad, cuenta con apodo, identificada DNI No. 43764379, natural de José Crespo Castillo - Huánuco Distrito de Santa María del Valle – Huánuco, nacido el 21 de Enero de 1991, hijo de don Reynaldo Falcón Ramos y de doña Carmen León Esteban, soltera, tiene tres hijos menores de 13, 11 y 6 años, vivía con padres y familia, instrucción cuarto de secundaria, ocupación estudiante, ocupación apoyo al programa de vaso de leche, sin ingreso económico, con domicilio real en el Asociación de Vivienda Pascual Guzmán Alfaro MZ. E Lt. 4 Tingo María, no tienes bienes a su nombre, no cuenta con antecedentes policiales, judiciales ni penales, hermana de coacusado Yoni Luis Falcón León, no tiene vínculo con la agraviado

II. ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN, LAS PRETENSIONES PENALES Y CIVILES INTRODUCIDAS EN EL JUICIO Y LA PRETENSIÓN DE LA DEFENSA DEl ACUSADOS;

2.1 DEL MINISTERIO PÚBLICO. (Teoría del Caso).

➢ **Sustento factico:**

El Ministerio público durante la etapa del juicio oral, probara que el ahora acusado Zenón Jaramillo Gonzales, en el delito que se imputa de tráfico ilícito de drogas, frente a ello es necesario exponer resumidamente los hechos

que amerita la acusación.

El día 5 de abril del 3013, siendo aproximadamente las 16.40 horas, que personal policial de PAT PIE, venía realizando un operático con la finalidad de identificar y capturar a personas requisitoriadas y vehículos con orden captura, en la carretera central que va de Huánuco a la Unión, específicamente a la altura del lugar conocido como Kotosh, es así como consecuencia de dicho operativo intervienen al vehículo ómnibus de placa de rodaje UM-1342, perteneciente a la Empresa Chaqui, la misma que circulaba desde la localidad de Tantamayo con dirección a esta ciudad, siendo así, al proceder inicialmente al registro superficial del vehículo se pudo advertir que en la parte del porta equipajes, la parrilla a la altura del asiento 27 y 28, se halló un equipaje consistente en un cartón con el logo de Crac, en su interior varios paquetes en forma avalada, la misma que al introducir con un probador metálico se extrajo yerbas propias o característica de Cannabis sativa marihuana, lo que al realizar la prueba de campo pertinente este arrojo positivo para alcaloide de cocaína, asimismo al realizar el registro global de pasajeros, se advirtió que en el asiento de pasajeros número 13 lado de la ventana, se encontraba desocupada, hallándose sobre el asiento una toalla azul con figuras de un bote y una chompa beige de sexo masculino, y al preguntársele a la pasajera que se ubicaba en el asiento número 14 de nombre Tomasa Ramírez Vega, esta refirió que una persona de sexo masculino se encontraba viajando en dicho asiento y que salió a mocionar cuando la policía empezó a solicitar los documentos personales y no habiendo retornado hasta dicho momento y que este fue debidamente identificado como Zenón Jaramillo Gonzales como la persona que habría estado transportando esta sustancia ilícita, que realizado la prueba de campo y el pesaje se determinó que se encontraba dentro de ello un total 7.360 kg. De Pasta básica de Cocaína con carbonato húmedo, ello conforme al peso neto al dictamen pericial No. 3487/2013.

- **Sustento jurídico:**

El Representante del Ministerio Publico, imputa el delito Contra la Salud pública – Tráfico Ilícito de drogas en su modalidad de **PROMOCION O FAVORECIMIENTO AL TRAFICO ILICITO DE DROGAS** en agravio del Estado Peruano, previsto y sancionado por el Art. 296 primer párrafo del C.P. Modificado por el Art. 2 del D. Leg. 982 del 22 de julio del 2007

- **Delimitación de la Imputación.**

El órgano precursor del delito imputa al acusado **ZENON JARAMILLO GONZALES,** la calidad de **AUTOR** del delito Contra la Salud Publica – Tráfico Ilícito de drogas en su modalidad de **PROMOCION O FAVORECIMIENTO AL TRAFICO ILICITO DE DROGAS** en agravio del Estado Peruano, representado por la Procuraduría Publica del Ministerio del Interior encargado de los asuntos judiciales relativos al Tráfico Ilícito de Drogas.

- **Pretensión Penal y accesorias:**

El Representante del Ministerio Público, de conformidad a los art. 45 y 46, ubicando en el tercio inferior, solicita que se les imponga al acusado **ZENON JARAMILLO GONZALES,** la pena de **OCHO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.**

El pago de **DOSCIENTOS DIAS MULTA** equivalente a la suma de **MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO NUEVOS SOLES**

La **INHABILITACION por el tiempo de DOS AÑOS,** de conformidad al art. 36 numerales 2 y 4 del Código Penal

2.2. DE LOS ALEGATOS DE APERTURA DEL ACTOR CIVIL:

3.

- **Argumento:**

Par cual debe tenerse en consideración el acuerdo plenario No. 05-2011, de fecha 6 de diciembre del 2011, que precisamente señala que del hecho punible no solo va a derivar una responsabilidad penal sino también una responsabilidad civil, en ese sentido téngase en consideración también el acuerdo plenario No. 6.2006 de fecha 3 de octubre del 2006, que nos señala en el delito de Tráfico ilicito de drogas que por ser de peligro abstracto no va ser necesario que se genere un daño concreto del bien jurídico protegido, sino que la zona posesión de la sustancia ilícita va a representar un daño potencial para el bien jurídico que se pretende proteger, en ese sentido teniendo en consideración que el bien jurídico que se pretende proteger es la salud pública, entiéndase por daños primordiales, todo lo que el Estado irroga en gastos para combatir esta clase de delitos, incluso implementando procuradurías y fiscalías especializadas exclusivamente para esta clase de delitos, téngase también como daños no patrimoniales a la salud física y mental de las personas, toda vez que este es un delito pluriofensivo, que no solo afecta a la salud pública, sino también a la sociedad y al Estado en su conjunto, asimismo señores magistrados téngase en consideración el Recurso de Nulidad No.

4235-2006, que menciona para el delito de tráfico ilícito de drogas, la reparación civil debe fijarse en función a la cantidad y dañosidad de la droga incautada a la magnitud del hecho delictivo y a la cantidad de agentes que han participado en el ilícito penal; finalmente téngase en consideración la Sentencia del Tribunal Constitucional No.4750-2007-PH/TC que señala que los delitos de tráfico ilícito de drogas son delitos pluriofensivo que afectan a todo el Estado y la sociedad en su conjunto.

- **Pretensión civil:**

La parte civil Solicita el pago de la suma de S/. 8,000.00 nuevos soles, por concepto de reparación civil - en forma solidaria.

3.2. DE LOS ALEGATOS DE APERTURA DE LA DEFENSA TÉCNICA:

- **Argumento:**

Que si bien es cierto que el 5 de abril del 2013, hubo una intervención al ómnibus de la empresa "Chasqui", en dicha oportunidad en el asiento 23 y a la altura de los asientos 27 y 28 se encontró una caja de cartón en la que encontraron la sustancia ilícita droga, también se debe tener en cuenta a los pasajero se les ha preguntado ¿quién iba en el asiento desocupado? Y solamente se ha mencionado el apellido Jaramillo, teniendo en cuenta ese el apellido de Jaramillo hacen un seguimiento y extraen tres fichas Reniec de personas distintas y ponen a la vista de los testigos y determinan que la persona que estaba ahí es la persona de mi patrocinado Zenón Jaramillo Gonzales, sin embargo mi patrocinado esa fecha no estuvo presente y no estaba viajando en la empresa chasqui, debido a que el día 5 de abril era su onomástico y estaba festejando con su familia y amigos en su lugar en San Juan Pampa de Chavín de Pariarca, lo cual lo desvincula totalmente de estar presente, no se acredita fehacientemente que mi patrocinado estuvo presente en el bus.

- **Pretensión:** la absolución de su patrocinado.

3.3. POSICIÓN DEL ACUSADO

Se le informó al acusado **ZENON JARAMILLO GONZALES** de sus derechos que le asisten en el juicio oral y luego de ello se le preguntó si acepta los hechos, la pena y la reparación civil, quien previa conferencia con su abogado defensor dijo que **NO** acepta los cargos; por lo que se prosiguió su juzgamiento.

4. PARTE CONSIDERATIVA.

PRIMERO: REFERENCIA DOCTRINAL, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL ACERCA DEL DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN LA MODALIDAD DE PROMOCIÓN Y FAVORECIMIENTO AL CONSUMO ILEGAL DE DROGAS TÓXICAS MEDIANTE ACTOS DE TRÁFICO.

1.1. El Delito Contra la Salud Pública – Tráfico Ilícito de Drogas en la modalidad de **PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRAFICO ILICITO DE DROGAS**, se encuentra prescrito en artículo 296° primer párrafo del Código Penal vigente; que prescribe taxativamente:

> *"El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días–multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4). (…)"*

1.2. De cual se desprende del tipo base del Delito de Tráfico Ilícito de Drogas, **comprende a quién ejecuta concretos actos de fabricación o de tráfico**, y con ellos promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas a potenciales usuarios; en este sentido, esta conducta típica exige no cualquier acto de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, sino, sólo los actos de fabricación y tráfico aunque por la amplitud de estos conceptos se vislumbra que la ley criminaliza todo el ciclo de la droga; es decir, se asume bajo la labor hermenéutica la penalización de todo comportamiento que suponga una contribución por mínima que sea a su consumo que abarca a los dos momentos fundamentales de todo circuito que va *in sito* en la comercialización de la droga; de un lado la fabricación, esto es, la elaboración de la misma, todos aquellos procesos que permitan obtener la droga preparación, depuración y transformación, y de otro lado la distribución por medio de múltiples maneras, todas aquellas conductas que importan extender y expandir la droga mediante la transferencia a terceros en virtud de cualquier título tales como: la manipulación, venta, aportación, transporte, intermediación, custodia o almacenaje, descarga, vigilancia y recepción.

SEGUNDO: ACTIVIDAD PROBATORIA

2.1. Que, como resultado del presente Juicio Oral, se tiene que el acusado y los siguientes órganos de prueba han concurrido a juicio a declarar:

➢ **Medios probatorios MP:**

TESTIMONIALES:
a) Declaración de SO-PNP Ronald Palomino Dávila
b) Declaración de Tomasa Ramírez Vega

➢ **Medios de prueba de la defensa:**

TESTIMONIAL:
a) La declaración de Cristian Gallo Vega

DOCUMENTOS ORALIZADOS:

a) Parte policial s/n
b) Acta de registro vehicular y comiso de droga;
c) Acta de hallazgo de prendas de fecha 5 de abril del 2013;
d) Acta de reconocimiento de fecha Reniec practicada a Tomasa Ramírez Vega;
e) Acta de reconocimiento de fecha Reniec practicada a Javier Genaro Libias (chofer)
f) Acta de reconocimiento de fecha Reniec practicada a Joseis Rojas Zevallos (ayudante).
g) Dictamen Pericial de Química de Drogas No. 3487/2013 de FS.
h) Declaración indagatoria de Joseis Rojas Zevallos.

TERCERO: ANÁLISIS DE LOS HECHOS Y VALORACIÓN PROBATORIA.

3.1 Que, del análisis de la actividad probatoria desplegada por el Ministerio Público, así como la defensa técnica del acusado, es que este Colegiado, luego de la correspondiente deliberación ha llegado a las siguientes conclusiones y subsecuente decisión; la misma que es resultado única y exclusivamente del juicio de discernimiento, la independencia en la actuación judicial y la aplicación de la reglas de valoración de la prueba sustentada en la sana crítica especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos que nos exige aplicar el artículo 393.2 del Código Procesal Penal:

3.2 En la valoración de la Prueba el Juez deberá observar las reglas de la sana crítica especialmente conforme a las reglas o a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos; la prueba tiene por fin crear en el juez un convencimiento sobre determinados hechos. la prueba consiste en una actividad procesal dirigida a alcanzar la certeza judicial; para efectos de imponer una sentencia condenatoria, es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto de la responsabilidad penal del encausado que sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita arribar a la convicción de culpabilidad y de la suficiencia probatoria sin la cual no es posible revertir la presunción de inocencia que ampara al procesado, conforme a lo previsto en el literal e) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado.

3.3 Asimismo, para afirmar la existencia del delito deben de constatarse los elementos del delito que son: la acción, la antijuricidad, la tipicidad y la culpabilidad, y sólo ante la concurrencia de estos elementos, el sujeto activo es pasible de una sanción penal.

3.4 Valorando los medios probatorios según la teoría del caso expuesta por el Representante del Ministerio Público, el Colegiado arriba a las siguientes conclusiones de hecho probados e improbados:

HECHOS PROBADOS:

3.6. Que, también se ha podido determinar **cómo un primer extremo fáctico probado,** la siguiente afirmación:

> ***Con fecha 05 de abril del 2013, al promediar las 16.40 horas aproximadamente, personal policial de PAT PIE, al realizar un operativo de control y identificación de personas con requisitorias y vehículos con orden de captura, a la altura del lugar denominado "kotosh" de la carretera central de Huánuco a la Unión, intervino el vehículo ómnibus de la empresa "El Chasqui" de placa de rodaje UM-1342, de pasajeros, procedente de la localidad de Tantamayo, en cuyo interior al realizar el registro, a la altura de los asientos 27 y 28 sobre el porta paquete, se halló una caja conteniendo en su intervenir 15 paquetes precintados de Pasta Básica de cocaína, de un peso de 7.360 kg.***

SI LO ESTA, Que, conforme a lo expuesto a la teoría del caso del Representante del Ministerio Publico a imputación Fiscal, el mismo que forma parte del elemento objetivo de la comisión del delito, que denota la forma del transporte de la sustancia ilícita, el mismo que se halló como equipaje de pasajero, colocada en el porta paquete del salón del vehículo ómnibus, conforme se puede corroborar con la versión vertido en el pleno por el SO3 PNP Ronald Palomino Dávila, efectivo policial que intervino al referido vehículo, quien al ser examinado en su condición de testigo, a referido:

> ***Pregunta del RMP:***
> ***¿Durante el año 2013, donde se encontraba laborando y en que dependencia policial? DIJO:*** *en la División de PAT, patrullaje a pie de Huánuco.*
> ***¿El 5 de abril del 2013, su persona ha participado en un operativo a la altura de la localidad de Kotosh? DIJO:*** *así es*
> ***¿Me puede narrar de manera detallada, como es que se lleva a cabo la intervención a la empresa de transportes chasqui? DIJO:*** *el día 5 de abril del 2013, fuimos al mando del mayor Paredes, en la carretera lo que es de Huánuco a la Unión a la altura de Kotosh para hacer operativo de personas requisitoria das y otros, donde a horas aproximadamente a las 16.40 se intervino a la empresa Chasqui, que venía a la ciudad de Huánuco, se subió al vehículo para solicitar los documentos respectivos DNI, para pasar por la computadora y ver si tienen requisitorias y al momento de preguntar por las personas se vio una caja de envoltura Chanel a la altura del asiento 27 y 28, donde preguntando de quien es este equipaje ,conversando*

con la gente y solicitando documentos, nadie dio ningún información de quien era la caja, lo que se optó dar cuenta al jefe de la intervención, mayor Paredes llevando la caja, para abrir la caja delante del chofer, se halló esos productos en bola, lo cual se trasladó a la División de drogas

¿Puede detallar que se halló en la caja? DIJO: *Unas envolturas purulentas, los cuales dijeron que era posiblemente pasta básica de cocaína y antes de trasladar a la unidad especializada*

Aunado a ello, también se tiene elementos corroborantes periféricos, introducidas en el juicio oral por la oralizacion con la sujeción a los principios de la inmediación y contradicción, las siguientes instrumentales: el Parte s/n -2013-RECPOLSEN-DIRTEPOL-HCO-APIE de fecha 5 de abril del 2013, levantada a has 16.40, del cual se desprende el suceso de la intervención del vehículo de placa de rodaje UM-1342 de la Empresa denominado "El Chasqui" en el lugar denominado "Kotosh", el mismo que circulaba de la localidad de Tantamayo, conducido por la persona de Joseis Rojas Zevallos, en cuyo registro se halló el paquete conteniendo la sustancia ilícita, instrumental que no fue objetada su valides por la defensa; con el acta de registro vehicular y comiso de droga que obra a fojas 87/88, del que se desprende de que con la presencia del conductor del vehículo Joseis Rojas Zevallos y el ayudante Javier Ayala Libias, los intervinientes hallaron en el porta paquete a la altura de los asientos 27 y 28, ocupadas por las personas de Gelsi Mariboni Espinoza Mallqui y Delfina Mallqui Ortiz, la caja de cartón con la sustancia ilícita, de forma ovalada en bolsas de plásticos, instrumento que tampoco fue cuestionado su eficacia por la defensa; con el acta de declaración indagatoria del testigo Joseis Rojas Zevallos conductor del vehículo, en cuyo extremo de la pregunta número cinco ha precisado "**que el día 5 de abril del 2013, en circunstancias en que me encontraba retornando de la localidad de Tantamayo con destino a la ciudad de Huánuco, a la altura de Yacutoma, fui intervenido por la policía en la cual sobre paré con la finalidad de que revisaran el vehículo y los pasajeros, inicialmente me pidieron que abriera las bodegas, al no encontrar algo ilícito en las bodegas, subieron al salón del vehículo con la finalidad de revisar sus equipajes, en esas circunstancias encontraron una bolsa multicolor en la misma que se encontraba una caja de cartón y contenía droga según la policía y en esos momentos mi persona se encontraba sentado en mi asiento y uno de los policías lo bajo la bolsa del carro y me hizo bajar para que mi persona lo abriera y encima de los paquetes con plástico azul y al abrir se vio las bolas de droga y en ese momento me indicaron de que subiera al carro hasta que llegue el Fiscal y cuando llego el Fiscal no trajeron a la dependencia policial con la finalidad de realizar las diligencias del caso, siendo notificado mi persona como el ayudante para nos presentáramos a rendir nuestra declaración en torno a los hechos que se investiga**".

Que de otro lado en cuanto a la sustancia ilícita hallada en el vehículo intervenido, se consolida con el Dictamen Pericial de Pericia Química de Drogas No. 3487/2013 de fs. 104, expedida por los peritos Quimicos Milusca Fachesa Salas y Carmen Quispe Tinajeros, que acredita el elemento material, consiguientemente el delito, con la existencia de los 15 paquetes precintados con sustancia pastosa, con peso de 7.370 kg. Correspondiente a

pasta básica de Cocaína, que no fue objetada por la defensa, limitándose que no le vincula a su patrocinado.

3.7. Que, también se ha podido determinar **cómo un segundo extremo fáctico probado,** la siguiente afirmación:

> ***Con fecha 05 de abril del 2013, momentos antes de la intervención policial, el ocupante del asiento número 13 del Ómnibus, descendió del vehículo el presunto propietario de la sustancia ilicita, antes de que personal policial concrete la intervención del vehículo, con la finalidad de evadir su identificación, el mismo que viajaba a costado de doña Tomasa Ramírez Vega***

SI LO ESTÁ, efectivamente esta segunda y a la vez **importante** conclusión fáctica (*Punto concomitante de la teoría del caso Fiscal*) y cuya discusión a lo largo del juicio oral, ha podido ser debidamente demostrada durante la actividad probatoria, en primer orden con el examen de la ocupante del asiento número catorce, ahora testigo doña Tomasa Ramírez vega, que a las preguntas del Ministerio Publico ha referido:

> ***¿Qué actividad realizo el 5 de abril de 2013? DIJO:*** *He viajado señor*
> ***¿A dónde, en compañía de quién, con qué empresa, quiero que detalles? DIJO:*** *Yo he salido con la empresa chasqui a las 2 de la mañana a Huánuco, he viajado*
> ***¿Ud. en qué asiento estaba ubicado? DIJO:*** *numero 14 junto a la ventana*
> ***¿Con quién venia a costado? DIJO:*** *Un señor extraño sexo masculino*
> ***¿Luego que paso? DIJO:*** *Llegamos a Kotosh ahí intervinieron los policías, ese señor que estaba bien acurrucado durmiendo se levantó para ese momento todavía, me dijo señora deme permiso, cuando entraron los policías, se levantó el señor, me dijo deme permiso señora, salió, entraron los policías pidió a todo los varones su DNI, el señor también entrego su DNI, dijo señor voy a bajar dijo a la policía, la policía dijo aguanta, vuelta dijo voy a bajar le exigía, buena dijo voy a bajar señor, le exigía, cuando lo exige viajaron todos los varones a la pista, de ese momento el señor que estaba de mi lado no ha vuelto.*
> ***¿Al momento que Ud. subió al vehículo ese asiento número 14 ya estaba ocupado? DIJO:*** *Yo para subir de San Juan de Pampas, ese señor ya estaba durmiendo ese ha venido de Tantamayo.*

3.8. Que, también se ha podido determinar **cómo un tercer extremo fáctico probado,** la siguiente afirmación:

> ***Con fecha 05 de abril del 2013, al promediar las 16.40 horas***

aproximadamente, instantes en que personal policial de PAT PIE, procedía a realizar la identificación de pasajeros del vehículo ómnibus de la empresa "Chasqui" de placa de rodaje UM-1342, descendió el presunto propietario de la sustancia ilícita, de quien al realizarse los actos indagatorios y de investigación, cuyos medios probatorios se actuaron en el pleno, se llegó a identificar a la persona de Zenón Jaramillo Gonzales como la persona que estuvo viajando como pasajero y transportando como su equipaje la sustancia ilícita dentro de la unidad, que circulaba de Tantamayo a Huánuco".

SI LO ESTÁ, efectivamente esta tercera conclusión fáctica, cuya discusión a lo largo del juicio oral ha podido ser debidamente demostrada con los elementos de convicción deducida por el juzgador, teniendo en consideración en primer lugar; teniendo en cuenta la conclusión fáctica probada que antecede a la presente, se consolida con el Parte s/n 2013-RECPOLSEN-DIRTEPOL-HCO-APIE, de la intervención policial de fecha 5 de abril del 2013, cuya información fue acopiara en juicio, en cuyo extremo se puede inferir de la constancia se indica que la persona que descendió del vehículo presunto propietario de la sustancia ilícita correspondería a la persona de Jaramillo, que viajaba en el asiento 13 a costado de doña Tomasa Ramírez Vega, quien conforme se puede percibir de la oralización del Acta de Reconocimiento mediante fichas de Reniec practicada a dicha personas, que obra a fojas 94/95 del expediente judicial, se tiene, que al ser interrogada previamente de las características de la persona que viajaba a su costado asiento 13 del vehículo, ha precisado como una persona "que es una persona joven de sexo masculino de 35 años de edad aproximadamente, blancón, cara un poco larga, contextura gruesa panzoncito, estatura baja, cabello lacio con peinado para arriba, luego al mostrársele las fichas con los nombres cubiertos enumerados del 1 al 3, refirió que la persona que bajo las prendas de vestir como chompa y toalla en el asientos 13, reconoció a la persona de la ficha de Reniec asignado con el número 2, el mismo que resulta ser el acusado Zenón Jaramillo Gonzales, produciéndose la identificación del propietario de la droga, significando que la valides del instrumento referido no fue cuestionado por la defensa, que haciendo uso de la contradicción se ha limitado en afirmar que la testigo Tomasa Ramírez Vega, en el pleno no ha reconocido dicho acto procesal, lo que no resta la validez del instrumento; asimismo la presente conclusión fáctica importante y central arribada por el colegiado se refuerza con las actas de reconocimiento en fichas de Reniec a los testigos Joseis Rojas Libias (conductor) y Javier Gerardo Ayala Libias (ayudante), quienes bajo el mismo procedimiento realizada para la referida testigo, previamente dieron a conocer de las características como *" que es una persona poco gordo, cara larga, tés blanca, cabello lacio de unos 35 años aproximadamente, de un 1.60 m de estatura"*; y al ponerse a la vista la ficha Reniec, reconocen como la personas que aparece en la ficha asignado con el número 2, como la persona que se bajó del vehículo el día de la intervención, resultando la persona de Zenón Jaramillo Gonzales. Aunado a ello se tiene como prueba corroborante con la versión dada en el pleno por el testigo SO3-PNP Ronald Palomino Dávila, personal que intervino al ómnibus, quien a referido:

Preguntas del MP:

¿Se preguntó de quien era ese paquete, la caja? DIJO: *la gente dijo de una persona de nombre Jaramillo.*
¿Estando a esta versión Ud. logro identificar, que pasajero, que se indicó ese nombre Jaramillo? DIJO: *Se preguntó a todas las personas y las personas dijeron del tal nombre Jaramillo.*

Preguntas de la defensa:
¿Puede precisar quién o quienes dijeron el nombre de Jaramillo, cuando pregunto por el paquete? DIJO: *no puedo precisar porque, cuando pregunte me pare en la parte delantera del bus y dijeron en voz alta, no pude identificar quien dijo*
¿Fue una persona dos personas? DIJO: *Más de tres*

3.9. Que, también se ha podido determinar **cómo un cuarto extremo fáctico corroborante a los hechos concretos,** la siguiente afirmación:

> ***Que se ha acreditado el objeto del delito, esto es los quince envoltorios ovalados precintados. El mismo que conforme se corrobora con el dictamen pericial de análisis químico No. 3487-2013, resulta Pasta Básica de Cocaína, con un peso neto de 3.370 kg. Sustancia que era trasladada por el acusado Zenón Jaramillo Gonzales con la modalidad de equipaje de pasajero del Bus de la empresa de trasportes "El Chasqui", el día 5 de abril del 2013.***

SI LO ESTÁ, efectivamente, este cuarto extremo, parte concomitante a los hechos materia de juzgamiento, que releva la participación del ahora sentenciado, que resulta ser Alcaloide de cocaína, que fue materia de comiso, corroborada con el Acta de registro vehicular y comiso de droga fs. 87/88, con lo que se encontró en el porta paquete del salón del vehículo intervenido, el mismos que constituye el equipaje del imputado, quien viajaba como pasajero, evadiendo la acción de la acción de la justicia desde que evadió a la intervención policial, bajándose de la unidad antes de que se concrete la intervención policial en el vehículo

3.10. Que, en el presente juicio oral, este Colegiado **luego de deliberadas las cuestiones de hecho**, ha podido determinar que **NO ESTÁ PROBADO más allá de toda duda,** la siguiente afirmación:

> ***Que el acusado estuvo en su domicilio ubicado en la localidad de San Juan Pampa del Distrito de Chavín de Pariarca – Provincia de Huamalies – Región Huánuco, festejando sus cumpleaños en compañía de familiares y amigos, durante todo el día 5 de abril del 2013, fecha en que se produjo la intervención del vehículo ómnibus de placa de rodaje UM-1342 de la Empresa "chasqui", en cuyo interior se halló como equipaje de pasajero la sustancia ilícita (droga), dentro de una caja de cartón, que se ubicaba en el porta paquete del salon a la altura de los asientos 27 y 28.***

NO LO ESTA, debido a que ha quedado plenamente acreditado la responsabilidad penal del acusado Zenón Jaramillo Gonzales, en calidad de autor, en TID en la modalidad de Promoción y favoreciendo al Tráfico de droga. Se ha demostrado su

actuación activa en estos hechos criminógenos, haber participado en el traslado de la sustancia ilícita como pasajero del vehículo ómnibus intervenido. Por haber sido identificado como la persona que estuvo viajando el día de la intervención en el asiento número 13, así como también por no tener credibilidad de la versión dada por el testigo de descargo Cristian Gallo Vega, quien en el pleno ha dado a conocer hechos distintos realizados por el acusado en San Juan Pampa de Pariarca del Distrito de Chavín de Pariarca, al referir lo siguientes:

Preguntas del MP:

¿El día 5 de abril del 2013 donde se encontraba? DIJO: *yo me encontraba en el mismo San Juan de Pampas*
¿Ese día ha viajado? DIJO: *No*
¿El día 5 de abril del 2013, te has encontrado con Zenón Jaramillo Gonzales? DIJO: *si*
¿A qué hora te has encontrado con el Zenón? DIJO: *más o menos de 9 a 9.30 de la mañana.*
¿Sabías que el 5 de abril es el onomástico de Zenón Jaramillo? DIJO: *si*
¿Se han reunido en donde y que han realizado en esa reunión por su onomástico? DIJO: *simplemente la reunión era a las 4 de la tarde que nos encontramos otra vez, en la loza deportiva como siempre nos reunimos a jugar, ahí le vi, tampoco estábamos juntos, solamente me acerque un ratito para felicitarle por su cumpleaños nada más.*
¿Fue a las cinco de la tarde en donde y en qué lugar? DIJO: *En la misma localidad de san juan de pampas en la losa deportiva*
¿Por cuánto tiempo permanecieron con él en la loza deportiva? DIJO: *desde las 4.30 hasta las 6 de la tarde siempre jugamos hasta terminar el partido.*
¿De ahí se retiran? DIJO: *ahí se retiran cada uno a su domicilio*

Preguntas de la defensa del actor civil:

¿En la tarde hasta que hora le vio al señor? DIJO: *De las cuatro y media hasta la seis.*
Preguntas del colegiado:
¿Jaramillo estaba jugando partido? DIJO: *Si estaba jugando pero en otro grupo*

Versión esta que el testigo de descargo ha revelado que el acusado estuvo en San Juan Pampas, festejando su cumpleaños, precisando que el acusada jugo fulbito y que luego a las seis de la tarde se retiraron todos a sus domicilios; sin embargo el acusado al ser examinado en el pleno ha precisado los siguientes:

Preguntas del RMP:
¿Puede decir que actividades realizo el 5 de abril del 2013? DIJO: *El 5 de abril fue mi onomástico y estaba celebrando con mis familiares con mis padres, y después de celebrar con mi hermana Bonia Jaramillo con su Esposo Roque y mis sobrinos Cesar Roque Jaramillo….., después de celebrar en la tarde ya baje*

a la loza deportiva, justamente estaba encontrándome con mis amigos DIdi Vela Ramírez.

¿En la tarde a qué hora eso? DIJO: *a partir de las cuatro a cinco de la tarde, con Cristian Vega Gallo……...Cristian estaba con otro grupo y con otro grupo pero el estaba presente ahí*

¿Qué había ahí una actividad? DIJO: *no siempre por costumbre nosotros jugamos en las tardes, no había campeonato sino que jugamos normal así para una apuesta.*

¿Y ese día jugo Ud.? DIJO: *yo estaba viendo nomas*

¿Qué más hizo? DIJO: *después que termina el partido me acerque a la bodega de la señora Eliza Modesto Atencia compre mí gaseosita tomando vi tele, a las 7 a 8 de la noche me regrese a mi casa.*

¿En compañía de quien estuviste en ese momento? DIJO: *de nadie, ahí estaba solamente con Cristian bueno me retorne a mi casa, después el.*

De los cuales se puede advertir que carece de credibilidad la versión vertida por dicho testigo de descargo que no ha corroborado la teoría de la defensa, consistente en que el día 5 de abril del 2013, el acusado Zenón Jaramillo Gonzales, no se habría encontrado en el lugar de los hechos ilícitos, aunado a ello se tiene que el juzgador no ha advertido la credibilidad del acusado, quien al ser examinado, ha precisado que fue detenido en día 28 de mayo del 2013, entrando en contradicción al afirmar en un momento que desconocía de los hechos que se le imputan, en otro momento ha indicado que antes de su intervención fue notificado, incluso su suegra Tomasa Ramírez Vega recepciona la notificación, por lo que las versiones vertidas por el acusado se considera que como mero argumento de defensa, conforme al derecho constitucional de la no incriminación que le. Asiste.

Aunado a ello se tiene otro indicativo de la carencia de credibilidad de la versión dada por la testigo Tomasa Ramírez Vega, quien en el pleno ha afirmado tener un vínculo de familiaridad con el acusado, quien desde hace 9 años vendría a ser su yerno, tratando de desconocer su versión dada en el acto de la investigación preliminar, cuya acta de reconocimiento fotográfico de Ficha de Reniec en el cual tuvo su participación, reconocimiento al acusado Zenón Jaramillo Gonzales, como la persona que viajaba en el asiento 13 del vehículo intervenido, así como también como la persona que se bajó del vehículo para evitar su detención, y que la defensa al no cuestionar la eficacia de la instrumental oralizada, por lo tanto es merituado por el colegiado a fin de inferir el desvanecimiento de la teoría de la defensa.

Que de otro lado para concluir no se advierte indicativos de incredibilidad subjetiva de parte de la versión dada por la testigo Tomasa Ramírez Vega, en el acto en el cual se identificó al acusado, al afirmar que no ha tenido ni tiene problemas con el acusado y de su parte el acusado afirmo lo mismo, por lo que se ha superado toda duda razonable determinándose la responsabilidad penal del acusado.

CUARTO. ANALISIS JURÍDICO DE LOS HECHOS PROBADOS.

JUICIO DE SUBSUNCION TIPICA.

4.1. En ese orden de ideas del análisis del presente caso y habiéndose determinado como hechos probados los supuestos descritos en los literales del considerando Tercero de esta Resolución:

Este Colegiado se encuentra en condiciones de poder anunciar que efectivamente la comisión del Contra la Salud Publica - **TRAFICO ILICITO DE DROGAS** en su modalidad de **PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRAFICO ILICITO DE DROGAS** como la responsabilidad penal a título de **AUTOR** del acusado **ZENON JARAMILLO GONZALES,** haya quedado indubitablemente demostrada, toda vez que como quedó **anotado**:

1° el acusado de **MANERA DOLOSA DIRECTA** (existe *con conciencia y voluntad de consumar el delito)*

2° ***ADVERTIENDOSE*** la droga que subsume al tipo penal ya antes indicado.

3° Siendo la **FUNCIÓN DESPLEGADA** en la comisión del hecho por el sentenciado y el hoy acusado:

4° ZENON JARAMILLO GONZALES, haber participado en el tráfico Ilícito de la droga.

ACREDITÁNDOSE así los requisitos de la **AUTORÍA, que participo** en la **FASE DE EJECUCIÓN DEL HECHO.**

En este orden de ideas habiendo quedado acreditado el delito de Tráfico Ilícito de Drogas y su responsabilidad a título de AUTOR ha sido plenamente identificado y su conducta probada, debe dictarse una sentencia de tipo condenatoria;

4.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Que si bien durante sus alegatos de clausura, la defensa de **ZENON JARAMILLO GONZALES**, ha sostenido los siguientes:

1. que su patrocinado ha nacido el 5 de abril, por lo tanto se encontraba celebrando sus cumpleaños en la localidad de San Juan Pampas estando en la tarde en la loza deportiva conforme lo ha afirmado el testigo Cristian Gallo Vega y que es imposible que haya bajado del vehículo intervenido el 5 de abril del 2013.
2. Que de otro lado cuestiona las instrumentales como acta de registro vehicular y comiso de droga, por ser contradictorios y crea demasiada duda, la policía ha puesto de conocimiento del RMP, y con presencia de él se ha trasladado el vehículo, entonces porque razón no se ha realizado la prueba de campo en Kotosh sino en la oficina
3. En cuanto al reconocimiento de ficha fotográfica de Reniec por los testigos Joseis Rojas Zevallos y Javier Ayala Libias, son actuaciones de instancia preliminar, no existe ratificación de esas declaraciones, no se ha brindado la garantía
4. Al momento de realizar el acta de reconocimiento a Tomasa Ramírez Vega se ha realizado en forma humillante, conforme lo ha dicho, por lo tanto dicho medio probatorio debe ser excluido por que se ha hecho con vulnerando, por

lo que solicita se debe tener en cuenta el principio del indubio pro reo, solicitando la absolución.

A respecto cabe precisar que al punto primero, el mismo que constituye como teoría del caso de la defensa, como coartada, esta fue desvirtuada con la desacreditación del testigo de descargo Cristian Gallo vega, que no crea convicción en el juzgador; asimismo que que las actas aludida en el punto 2, son medios probatorios preconstituida, los mismos que son valorados al ser oralizados en juicio y sometido a la inmediación y contradicción de la defensa, que en su oportunidad no objeto la eficacia, de igual modo las instrumentales de Reconocimiento fotográfico de Reniec, que mantienen su eficacia y para concluir no se ha demostrado en autos sobre la inobservancia de las garantía procesales para la consolidación de las actuaciones preliminares que se plasmó en las instrumentales. Es decir de acuerdo a la **tesis del defensor** el solo hecho de decir que el acusado no tiene participación directa ni indirecta en el hecho, por lo que solicita su absolución.

4.2. **ACERCA DE LA PRUEBA INDICIARIA.**

El colegido, conforme a la valoración individual y conjunta de las pruebas actuadas en juicio, después de un razonamiento basados en la inferencia se tiene que, el profesor Pablo Talavera Elguera nos explica:

> *"En cualquier caso penal, el acervo probatorio puede estar constituido por pruebas directas o pruebas indirectas; las primeras revelan la manera en que ha sucedido un hecho imputado, mientras que las segundas* ***permiten inferir*** *esto a partir de* ***hechos probados*** *no constitutivos del delito o de la intervención de una persona en el mismo".*[1]
>
> *La prueba indiciaria* ***es una prueba de contenido complejo*** *constituida por tres elementos fundamentales:* ***el indicio*** *o hecho base de la presunción,* ***el hecho presumido*** *o conclusión y, por último,* ***el nexo o relación causal*** *que une el indicio o hecho base con su correspondiente conclusión. Mediante la prueba indiciaria lo que se obtiene* ***es un razonamiento fundado*** *que, una vez probada la existencia de los indicios o hechos base, proporciona un convencimiento respecto del hecho* ***consecuencia que se puede plasmar en la sentencia de modo que sea racionalmente comprendido*** *y compartido por todas las personas.*[2]
>
> *Es una prueba indirecta,* ***por cuanto el juez llega a dar por demostrado un hecho*** *por la deducción que hace,* ***mediante las reglas de la experiencia,*** *de otro conocido. La actividad probatoria* ***no recae sobre los hechos determinantes de la responsabilidad penal,*** *sino sobre otros hechos, y mediante un* ***razonamiento*** *puede establecerse su prueba.*[3]

---

[1] TALAVERA ELGUERA, Pablo; La Prueba en el Proceso Penal – AMAG; Academia de la Magistratura; p. 137
[2] Ob. Cit. P. 137
[3] Ob. Cit. P. 138

CLASIFICACIÓN DE LOS INDICIOS.[4]

- ✓ **El Indicio Necesario,** es el que irremediablemente conduce a una determinada consecuencia (…) Se funda esencialmente en leyes científicas inalterables en las cuales los efectos corresponden a una determinada causa. (*Verb. Si hay ceniza, hubo fuego).*[5]
- ✓ **El indicio Contingente,** es el que puede conducir a deducir varios hechos. Así, por ejemplo (*Si una persona sale del sitio donde se cometió un delito, puede deducirse que sea el autor del mismo o simplemente que se encontraba en ese lugar realizando otro tipo de gestión).*
- ✓ **Los indicios antecedentes (Móvil delictivo),** Son los anteriores al delito. Están referidos a la capacidad para delinquir y a la capacidad para la comisión de un delito, tales como (…), *las amenazas previas, las ofensas y enemistades, el interés de la de persona.*
- ✓ **Son Concomitantes**, los indicios que resultan de la ejecución del delito, se presentan simultáneamente con el delito. A este rubro pertenecen los indicios **de presencia** y los indicios de **participación en el delito**. (…) (v.gr.: *Hallazgo de huellas dactilares en el lugar de los hechos, haber sido la última persona vista en compañía de la víctima, etc.).*
- ✓ **Son Subsiguientes,** los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito. En la clasificación de Gorphe, se trata de los **indicios de actitud sospechosa**. Pueden ser acciones o palabras, **manifestaciones vertidas posteriormente a amigos**, el cambio de residencia sin ningún motivo aparente, el **alejarse del lugar** donde se cometió el ilícito, el **fugarse después de estar detenido**, el ocultar elementos materiales del delito, la preparación de pruebas falsas sobre su inocencia, **la consecución de testigos falsos**.
  La doctrina del Derecho probatorio, ha reconocido a la prueba indiciaria como un mecanismo procesal **válido** de poder llegar a una conclusión en base a indicios, de esta manera **se suple la ausencia de la prueba directa** y se determina que la conducta en el fondo **sí está demostrada**.

QUINTO: DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA:

5.1 Que, estando determinada en autos la autoría del acusado **ZENON JARAMILLO GONZALES,** en la comisión del tipo penal materia de Acusación, lo que corresponde ahora es determinar la pena a imponérseles teniendo en cuenta para tal efecto también que el delito y sus efectos no se agotan solamente en el **principio de culpabilidad**, toda vez que no es preciso que se pueda responsabilizar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que debe de tenerse también en cuenta el **principio de proporcionalidad,** previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, procurando la correspondencia que debe existir entre el injusto cometido y la pena a imponer; conforme a lo alegado a la defensa del acusado en su alegato de clausura.

5.2. Determinación de la Pena Abstracta.

En ese orden de ideas, debemos partir del hecho que el acusado **ZENON JARAMILLO GONZALES** ha cometido a título de **AUTOR** el delito Contra La Salud Publica – Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad de **PROMOCIÓN O**

FAVORECIMIENTO AL TRAFICO ILICITO DE DROGAS, siendo el caso comenzar indicando que este delito de acuerdo a nuestro Código Penal y la forma como fue tipificado se encuentra sancionado con una pena privativa de libertad **no menor de ocho ni mayor de quince años de privativa de libertad.**

5.3. Determinación de la forma y el Quantum de la pena.-

Sobre el particular y a fin de determinar el quantum y la forma de la pena, se debe señalar que al tratarse este de un delito (**de acuerdo al contexto en el que se desarrolló y el resultado**) denota uno **grave** más aún que es un tipo doloso ejecutado con la previa planificación de dejar en desventaja al agraviado (**Activándose la agravante prevista en el Artículo 46 inciso 1 del Código Penal – Naturaleza de la Acción vigente al tiempo de comisión del delito**),

Cuyo bien jurídico además es uno de gran relevancia social, al haber sido colocado normativamente como uno de los delitos de trascendencia pública grave que vulnera uno de los bienes jurídicos protegidos por la ley de carácter pluriofensivo (La vida, **la salud, activándose la agravante prevista en el artículo 46 inciso 3 del Código Penal - La importancia de los deberes infringidos – vigentes al tiempo de comisión de los hechos**).-

Dadas las circunstancias de los hechos expuestos es que, resulta Jurídicamente exigible y como tal conllevan a determinar la necesaria aplicación de una **PENA DE TIPO EFECTIVA** por ser una de las manifestaciones más fuertes del sistema punitivo penal, **significando esto que el acusado ZENON JARAMILLO GONZALES estará recluido en el establecimiento penal por el tiempo que dure la pena imponerse**; tanto más que se no se advierte alguna **eximente incompleta o atenuante** (artículo 21 del Código Penal) o confesión sincera que favorezcan su situación Jurídica.-

5.4. Determinación del Quantum de la Pena.

Ahora bien y no obstante a lo esbozado hasta ahora, este Colegiado considera que en base a la tendencia del **Derecho Penal humanitario**, debemos necesariamente recurrir otra vez a los alcances contemplados en los artículos 45° y 46° del Código Penal a efectos de individualizar la pena a su expresión temporal real (*tiempo de la pena*), para lo cual debemos tener presente que el Ministerio Público **está solicitando OCHO años de pena privativa de libertad para el acusado ZENON JARAMILLO GONZALES.**

En ese orden de ideas el acusado **ZENON JARAMILLO GONZALES**

I) Un primer detalle favorable es una persona que cuenta con grado de instrucción secundaria, vislumbrándose de este modo que su condición personal – Educación NO les permitió advertir la gravedad del hecho cometido, **no significando que no sepa el carácter delictivo de su acto**, sino que sabiendo no tuvo en cuenta que este tipo de delitos tiene una sanción severa, no teniendo la misma sensatez que una persona con mayor grado de instrucción, situación que debe ser tomada en cuenta, (**Activándose la atenuante prevista en el artículo 46° inciso 8 Educación – vigente a la fecha de comisión del delito**);

II) En segundo lugar debemos resaltar el hecho de que durante el juicio oral no se acreditó que el acusado tenga antecedentes penales, **tanto más que la propia parte acusadora refirió en el alegato de clausura como uno de las atenuantes que le favorece el no tener antecedentes judiciales ni penales**, circunstancia que opera de modo favorable para el acusado para la determinación de la pena.

III) El acusado **ZENON JARAMILLO GONZALES** es una persona que al momento de la comisión de los hechos contaban con 32 años de edad, siendo por tanto inviable aplicar los alcances del Artículo 22 del Código Penal, a los, referido a la ***responsabilidad restringida*, si bien mediante Ley 30076 publicado el 19 de agosto del año 2013 se prohibió aplicar esta institución a los que cometan el delito de** Contra La Salud Publica – Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad de **PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRAFICO ILICITO DE DROGAS,** sin embargo a los hechos materia de este caso que ocurrieron antes de su vigencia no le puede ser aplicable la exclusión de aplicabilidad de la responsabilidad restringida. *En tal sentido se le debe imponer* ***OCHO AÑOS*** *para* **ZENON JARAMILLO GONZALES**.

SEXTO: DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL:

6.1. Que, sin perjuicio de la pena efectiva, sustentada en el considerando anterior, la comisión de un hecho punible también acarrea una consecuencia de índole civil, en ese sentido es preciso fijar y en este **caso probar las responsabilidades civiles que procedan de la consumación del injusto**, conforme a lo prescrito en el artículo 93° del Código Penal.

6.2. De esta manera para efectos de determinar la reparación civil, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos noventa y dos a ciento uno del Código Penal, los cuales deben ser concordados con lo dispuesto en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del aludido corpus sustantivo, rigiéndose la misma por el principio del daño causado, debiendo individualizarse y fijarse la cantidad de dicha reparación en forma prudencial y proporcional con relación al daño ocasionado, cuyo monto fijo debe expresarse necesariamente en nuevos soles,

6.3. En el presente caso el acusado **serán privados de su libertad en el establecimiento penal que fije la autoridad correspondiente,** situación que también debe tomarse en cuenta aunado a la dificultad que tendrán para cumplir con el pago de la reparación civil solicitado por el Procuraor ascendente a la suma de **OCHO MIL NUEVOS SOLES**, a favor del Estado.

SEPTIMO: EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA.

7.1. Atendiendo a que según el artículo 402° inciso 1 del Código Procesal Penal, la sentencia condenatoria en su **extremo penal** se **cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella**, corresponde disponer la ejecución inmediata de la misma.

OCTAVO: IMPOSICIÓN DE COSTAS

8.1. Teniendo en cuenta que el acusado **ZENON JARAMILLO GONZALES**, ha sido vencido en juicio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500° numeral 1 del Código Procesal Penal corresponde imponerle el pago de las costas del proceso, las mismas que serán liquidadas en ejecución de sentencia si las hubiera.

8.2 Por los fundamentos expuestos, valorando las pruebas y juzgando los hechos según el criterio de conciencia, en especial conforme a los principios de la lógica, y en aplicación de los artículos citados y además a los artículos IV del Título Preliminar, 12°, 23°, 36, 29°, 45°, 93° y art. 296 primer párrafo del Código Penal y artículos 393° a 399° del Código Procesal Penal, el Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial Transitorio de Justicia de Huánuco con la autoridad que le confiere la Constitución Política y, la Ley:

FALLARON:

1. **CONDENANDO** al acusado **ZENON JARAMILLO GONZALES**, cuyas generales de ley obran en autos, como **AUTOR** de la comisión del Delito Contra la Salud Pública – Tráfico Ilícito de Drogas en la modalidad de **PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS**, en agravio del **ESTADO PERUANO**.

2. Por tal le **IMPONEMOS** la pena de **OCHO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA,** que computada desde el día 16 de marzo del 2013, fecha desde que se encuentra privado de su libertad, la cual **vencerá el día 15 de marzo del 2031,** fecha en que será puesto en inmediata libertad siempre y cuando no tenga otro proceso pendiente con mandato de detención, prisión preventiva u otra condena emanada de la autoridad judicial competente, pena que lo cumplirá en el Establecimiento Penal que disponga la autoridad penitenciaria respectiva.

3. **ORDENAMOS** el pago de **CINCO MIL NUEVOS SOLES** que por concepto de **REPARACIÓN CIVIL** deberá abonar el sentenciado a favor del Estado Peruano; así como, el pago de 200 **DÍAS–MULTA** a razón de 25% de sus haberes mensuales, en este sentido, el monto de días–multa asciende a **MIL CIENTO VEINTICINCO NUEVOS SOLES**, que deberá pagar el sentenciado a favor del Estado; se le impone **DOS AÑOS DE INHABILITACIÓN**, conforme al Art. 36° inc. 2) y 4) del Código Penal *(para que este no pueda ocupar cargo o empleo de carácter público ni tampoco pueda ser usuario de insumos químicos ni de bienes fiscalizados).*

4. **MANDAMOS** la **EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA CONDENA** en el extremo penal, cursándose los oficios correspondientes a la autoridad Penitenciaria respectiva.

5. **ORDENAMOS el pago de las COSTAS** del presente proceso al condenado, el cual será liquidada de confirmada la presente resolución.

6. **ORDENAMOS**: que la presente sentencia se inscriba en el Centro Operativo del Registro Nacional de Condenas; **EXPIDIÉNDOSE** con dicho fin los Boletines de Ley, una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución;

7. **ORDENAMOS: DEVOLVER** los actuados al Juzgado de Investigación Preparatoria correspondiente, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones, y cumplida que sea la presente sentencia en todos sus extremos, **ARCHIVESE** el presente proceso en la forma de ley.

Firman:
RUBEN BERNARDO ROJAS (DD)
WALTER DAVILA JORGE
JORGE LUIS SANCHEZ ALVAREZ.

(6)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 09-2007 (SENTENCIA) – HUAURA

SENTENCIA DE CASACIÓN.

Lima, dieciocho de febrero de dos mil ocho .-

VISTOS: en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa procesal interpuesto por la agraviada de iniciales K.N.A.R contra la sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de julio de dos mil siete, en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debate, del dieciséis de mayo de dos mil siete, absolvió a Carlos Alfredo Ochoa Rojas y no Ramírez de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la libertad sexual – violación sexual de menor de edad en su agravio; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Róger Herminio Salas Gamboa.

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del Itinerario de la causa en primera instancia.

PRIMERO: Que el encausado Carlos Alfredo Ochoa Rojas fue inculpado formalmente mediante auto apertorio de instrucción de fojas cuarenta y seis, del quince de marzo de dos mil seis, a mérito de la denuncia formalizada del señor Fiscal Provincial Penal de Huaral de fojas cuarenta y tres. Se le atribuyó la comisión del delito de violación sexual en agravio de la menor K.N.A.R. y de violación sexual en grado de tentativa en agravio de la menor A.S.R.R.. Los hechos objeto de imputación ocurrieron el veintisiete de febrero de dos mil seis en el domicilio de doña Mary Mercedes Narvarte viuda de Ramírez -suegra del acusado-, ubicado en la calle derecha número quinientos cuarenta, interior nueve en la localidad de Huaral, en circunstancias que el encausado Carlos Alfredo Ochoa Rojas tras aprovechar la confianza que le tenían ingresó a la vivienda con la llave que momentos antes le proporcionó Cecilia Payco Facundo, pero dejó la puerta de la calle semiabierta lo que facilitó el ingreso de un sujeto no identificado con el rostro semicubierto por un trapo verde quien portaba un cuchillo, el mismo que obligó al imputado Carlos Alfredo Ochoa Rojas a tirarse al piso, a la vez que se dirigió contra la mencionada Mary Mercedes Narvarte viuda de Ramírez y Cecilia Payco Facundo a quiénes bajo amenaza las condujo al segundo piso donde se encontraba su sobrina por línea materna de iniciales K.N.A.R. de diecisiete años de edad, para luego de encerrarlas en el baño, el encausado Ochoa Rojas -que tenía el rostro cubierto- habría conducido a la menor K.N.A.R. a una habitación en el tercer piso; momentos en que la menor A.S.R.R. y su hermana Katherin Nataly Ramos Ramírez tocaron la puerta de la casa, para después ser jaladas hacia el interior de la vivienda por el citado imputado, quien procedió a introducir a

la segunda en el baño donde se encontraban Mary Narvarte y Cecilia Payco, llevándose consigo a la menor de iniciales A.S.R.R. a otra habitación en el tercer piso, seguidamente abusó sexualmente de su sobrina K.N.A.R., y pretendió hacer lo mismo con su otra sobrina de iniciales A.S.R.R. a quien previamente le ató las manos y tapó su cabeza con una sábana, si no le decía donde se encontraba el dinero que supuestamente había recibido Mary Mercedes Narvarte viuda de Ramírez.

SEGUNDO: Que el proceso se inició con arreglo al estatuto procesal anterior. Sin embargo, el Segundo Juzgado Penal Transitorio de Huaral por auto de fojas doscientos veintiuno adecuó la causa al nuevo Código Procesal Penal y remitió los autos a la Fiscalía Provincial, que vencido el plazo de investigación, conforme es de verse a fojas doscientos veintidós, el Fiscal Provincial de Huaral formuló acusación – véase fojas uno del cuaderno de etapa intermedia-.

TERCERO: Que, presente el imputado -a quien se le otorgó libertad por exceso de detención- y realizado el juicio oral, el Segundo juzgado Penal Colegiado de Huaura, mediante sentencia de fojas doscientos diecinueve, del cuaderno de debates, del dieciséis de mayo de dos mil siete -cuaderno de debate- absolvió al imputado de los ilícitos contra la libertad – violación sexual, en agravio de la menor K.N.R.A y en grado de tentativa en agravio de A.S.R.R., sosteniendo que los delitos estaban acreditados pero no la responsabilidad del imputado, archivando provisionalmente los actuados.

Tanto la Actora Civil y el Fiscal Provincial y la Actora Civil interpusieron recurso de apelación – formalizado a fojas doscientos treinta y siete y doscientos cuarenta y dos, respectivamente-. Los recursos fueron concedidos por autos de fojas doscientos cuarenta y cuatro, de veintidós de mayo de dos mil siete.

II. Del Trámite recursal en segunda instancia.

Ofrecimiento de pruebas de la parte civil

CUARTO: Que en segunda instancia la Actora Civil ofreció entre otros la declaración de la menor K.N.A.R. -conforme a los escritos de fojas cuarenta y siete y sesenta del cuaderno de apelación-, y expresó que en primera instancia ofreció y se admitió dicha prueba, sin embargo, la citada menor estuvo imposibilitada de concurrir por presentar un cuadro depresivo, hecho que según refiere no se dejó constancia en el acta; que la inconcurrencia no fue un acto voluntario ni imputable a ella, por lo que la Sala en atención al principio de inmediación debe tener acceso directo a la información que la agraviada proporcionará respecto al reconocimiento de su agresor.

Del rechazo de la prueba de la actora civil y citación a juicio oral

QUINTO: Que mediante resolución de fojas sesenta y uno, del veinte de junio de dos mil siete la Sala desestimó dicho medio de prueba, por las siguientes consideraciones:

a) Que en el juicio oral de primera instancia la declaración de la agraviada K.N.A.R. fue oralizada por su inasistencia, debido a que, según el escrito que presentó, se encontraba

con un grave cuadro depresivo y crisis de migraña, el mismo que no justificó, pues debió presentar el certificado médico u otro documento que lo acredite.

b) Que no es posible admitir dicho medio de prueba por no encontrarse en ninguno de los presupuestos del artículo trescientos cuarenta y dos, numeral dos, apartado a) del Nuevo Código Procesal Penal.

c) Que si el juez de juzgamiento de primera instancia no pudo valorar la prueba personal por no haberse ofrecido para su actuación por las partes procesales, o por prescindir o desistirse tácita o expresamente de las mismas, entonces no se puede pretender que en el juicio oral de segunda instancia se actúe dicha prueba, proceder así, significaría recortar el derecho de defensa del imputado quien ya no podría recurrir a otra instancia para actuar la prueba personal.

d) Citó a juicio oral para el día diecisiete de julio de dos mil siete.

SEXTO: Que la audiencia se realizó, conforme a las actas de fojas sesenta y siete y setenta, del diecisiete y treinta y uno de julio de dos mil siete, respectivamente, con intervención, en la primera sesión, del Fiscal Superior, del imputado y su abogada defensora, y del abogado de la actora civil, y en la segunda sesión sólo con la presencia del Fiscal Superior y abogada del imputado.

Sentencia de vista

SÉPTIMO: Que la sentencia de vista impugnada en casación, de fojas setenta y uno, del treinta y uno de julio de dos mil siete precisa lo siguiente:

A. Que en el juicio de apelación de hecho, no se actuó medio probatorio, debido a que el órgano persecutor del delito no ofreció ninguno, y el actor civil, si bien ofreció algunos testimonios, sin embargo lo realizó de modo deficiente.

B. Que, si las partes no ofrecieron medio probatorio o lo hicieron deficientemente, ese hecho es de su exclusiva responsabilidad, pues no se puede pretender la condena de una persona sin que exista actividad probatoria idónea producida en presencia de los Jueces, del acusado, de las partes procesales y el público en general, que permita enervar la presunción de inocencia.

C. Que el artículo cuatrocientos veinticinco, segundo parágrafo, del Código Procesal Penal establece que: *"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"*. Que en cumplimiento de la citada norma la prueba personal actuada en el juicio oral de primera instancia mantiene el valor probatorio que los Jueces le otorgaron y que sirvió para absolver al acusado, al no existir ninguna prueba que haya sido actuada en segunda instancia para cuestionar el valor probatorio de la prueba personal actuada y producida ante los Jueces de Primera Instancia.

III. Del trámite del recurso de casación de la actora civil.

OCTAVO: Que la Actora Civil K.N.A.R. interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ochenta y cuatro. Que el motivo casacional comprendió "la inobservancia de las garantías constitucionales de carácter procesal como la grave afectación al principio de inmediación y la igualdad entre las partes". Concedido el recurso por auto de fojas ochenta y ocho, del veinte de agosto de dos mil siete, se elevó los actuados a este Supremo Tribunal con fecha veintisiete de agosto de dos mil siete.

NOVENO: Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas trece del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil siete, invocando la voluntad impugnativa admitió a trámite el recurso de casación por el motivo de inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa procesal.

DÉCIMO: Que instruido el expediente en Secretaría, señalada día y hora para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del Señor Fiscal Supremo Adjunto y de la defensa del imputado y de la agraviada, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

DÉCIMO PRIMERO: Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública se realizó en la fecha a las ocho y treinta horas.

41

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ámbito de la casación

PRIMERO: Que conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas trece, del cuaderno de casación, del nueve de noviembre de dos mil siete, el motivo de casación admitido es el de inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso (por infracción del principio de inmediación) y defensa procesal (por vulneración del derecho a la prueba pertinente).

Sobre el particular la actora civil K.N.A.R. en su recurso formalizado de fojas ochenta y cuatro alegó que en segunda instancia no se le convocó para que preste declaración, pese a que su testimonio fue ofrecido como prueba, con infracción del *artículo cuatrocientos veintidós apartado cinco del nuevo Código Procesal Penal*,que la valoración probatoria no comprendió la actuación de una prueba pertinente y, por ende, tampoco examinó una prueba personal con arreglo a los principios de inmediación y contradicción. Solicita que el efecto casatorio se extienda a la sentencia de primera instancia -del diecisiete de mayo de dos mil siete-, porque sin aplicarse lo dispuesto en el artículo ciento setenta y uno apartados dos, tres y cinco del Nuevo Código Procesal Penal soslayó la prueba que ofreció para su declaración en juicio.

SEGUNDO: Que el tema específico está centrado en establecer si existió o no vulneración del derecho a la prueba pertinente y con ello afectación del principio de inmediación.

En primer lugar debemos conceptuar las garantías específicas afectadas.

Derecho a la prueba pertinente

Que el derecho a la prueba pertinente está ligado al derecho de defensa. No se puede ejercer tal derecho si no se permite a las partes llevar al proceso los medios que puedan justificar los hechos que han alegado; siempre que a) la prueba haya sido solicitada en la forma y momento procesalmente establecido, b) sea pertinente, es decir, debe argumentarse de forma convincente y adecuada el fin que persigue, y c) que la prueba sea relevante.

Principio de Inmediación

Que el nuevo Código Procesal Penal, establece que el juicio es la etapa principal del proceso, rigen especialmente los principios de oralidad, publicidad, *inmediación* y la contradicción en la actuación probatoria. La inmediación garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas. Si el juez no oye directamente la declaración del testigo sino que la lee de un acta, no está en condiciones -por capaz que sea- de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho, además, tal declaración no puede ser contraexaminada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad. Sin inmediación la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo, de ahí, que debe protegerse la inmediación del juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba.

TERCERO: Que en el caso concreto, el ofrecimiento de la declaración de la menor K.N.A.R. -en segunda instancia está regulado por el artículo cuatrocientos veintidós apartado c) del Nuevo Código Procesal Penal, ofrecida en tiempo oportuno, con el objeto de que bajo las exigencias de inmediación y contradicción la agraviada K.N.A.R. sea examinada por los jueces a cargo del control y revisión de la sentencia apelada, declaración relevante -por razón del delito- y necesaria para los fines del esclarecimiento de la imputación formulada; situación que no es atentatoria contra el derecho de defensa del imputado, por tener expedito el derecho del contrainterrogatorio. Que al desestimarse la declaración de la agraviada K.N.A.R., no se tuvo en cuenta que la actora civil en sus alegatos preliminares, conforme al acta del juicio oral de primera instancia de fojas doscientos ocho, informó que el motivo de la inasistencia de la víctima se produjo por su estado de salud mental, aludiendo el informe psicológico número sesenta-DPS-HNCH-cero siete ofrecido y admitido como prueba que señalaba que la agraviada presentaba "Depresión mayor con ideación suicida actual...", y el Colegiado de primera instancia no adoptó ninguna medida para asegurar su concurrencia a juicio conforme lo dispone el artículo ciento sesenta y cuatro del nuevo Código Procesal Penal, tampoco consideró su testimonio como uno especial, conforme al artículo ciento setenta y uno, a pesar de la justificación de inconcurrencia.42

pág. 22

CUARTO: Que el Colegiado de segunda instancia al rechazar la prueba ofrecida por la actora civil, en cuanto al examen de la agraviada K.N.A.R., vulneró no sólo el derecho a la prueba de la parte afectada sino principalmente el principio de inmediación, pues fundamentó la sentencia con información que no fue susceptible de ser contraexaminada -y que sometida a la contradictoriedad quizás habría revelado matices o detalles importantes-, por tanto, la oralización o lectura de la declaración de la agraviada K.N.A.R. no ofrecía garantías mínimas de calidad que sirvan para sostener un juicio de racionalidad, y es que sólo el tribunal que ha visto y oído la prueba practicada en su presencia está en condiciones de valorarla y determinar la fiabilidad y verosimilitud de su testimonio.

Ahora bien, el imputado no podría ser afectado en su derecho de defensa, puesto que luego del examen de la agraviada K.N.A.R., tenía el derecho del contraexamen o contrainterrogatorio, incluso de un careo, asegurada de este modo la igualdad de actuación entre las partes.

QUINTO: Que en tal virtud, es de estimar que la sentencia de segunda instancia vulneró la garantía constitucional del debido proceso al afectar el principio de inmediación y la garantía de defensa procesal en su ámbito de derecho a la prueba pertinente.

Sobre esa base, y como hace falta realizar nuevamente una audiencia de apelación que dé lugar a un nuevo fallo de vista, a partir de la integración de un nuevo Colegiado, la estimación del recurso de casación sólo trae consigo un juicio rescindente -artículo cuatrocientos treinta y tres incisos uno y dos del nuevo Código Procesal Penal.

SEXTO: Que, finalmente, respecto de las costas -pronunciamiento que omitieron en primera y segunda instancia-, habiéndose acogido el recurso de casación es del caso exonerar a la actora civil, conforme a lo dispuesto por el artículo quinientos cuatro, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal. Al no mediar oposición formal del imputado no cabe que responda por ellas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** en parte el recurso de casación por inobservancia de las garantías constitucionales del debido proceso: afectación del principio de inmediación y defensa procesal: derecho a la prueba, artículo ciento treinta y nueve apartado tres y catorce de la Constitución, interpuesto por la actora civil K.N.A.R.contra la sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación, del treinta y uno de julio de dos mil siete, en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos diecinueve,

del cuaderno de debate, del dieciséis de mayo de dos mil siete, absuelve a Carlos Alfredo Ochoa Rojas, de la acusación fiscal formulada por delito de violación sexual en su agravio. En consecuencia: NULA la citada sentencia de vista de fojas setenta y uno, del cuaderno de apelación del treinta y uno de julio de dos mil siete, y NULA la resolución de

fojas sesenta y uno del cuaderno de apelación, del veinte de junio de dos mil siete, sin costas.

II. Declararon **INFUNDADO** en cuanto se solicita que la vulneración de las garantías constitucionales se extienda a la sentencia de primera sentencia.

III. **ORDENARON** que la Sala Penal de Huaura, integrada por otro Colegiado, cumpla con dictar nueva sentencia, previa nueva audiencia de apelación y cumplidas las formalidades correspondientes, dicte una nueva sentencia.

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

V. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.-

Ss.

SALAS GAMBOA

PONCE DE MIER

URBINA GANVINI

PARIONA PASTRANA

ZECENARRO MATHEUS

(7)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

SALA PENAL PERMANENTE

CASACIÓN Nº 10-2007 (SENTENCIA) – LA LIBERTAD

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintinueve de enero de dos mil ocho .-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba interpuesto por el encausado VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del trece de agosto de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cincuenta y cinco, del cuaderno respectivo, del veintiuno de junio de dos mil siete, lo condenó como autor del delito de robo agravado en perjuicio de Mario Raúl Reyes Arqueros y Luis Miguel Reyes Arqueros a diez años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

Interviene como ponente el señor Urbina Gambini.44

FUNDAMENTOS DE HECHO

I. Del itinerario del proceso en primera instancia.

PRIMERO: El encausado Víctor Nino Urquiza Cotrina fue procesado penalmente con arreglo al Código Procesal Penal [así consta de la disposición de fojas dos, del dieciséis de abril de dos mil siete, que formalizó la investigación preparatoria en su contra]. Mediante requerimiento de fojas once del dos de mayo del año próximo pasado la Fiscalía Provincial solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria la procedencia del proceso inmediato,que previo trámite de traslado fue aceptado por auto de fojas treinta y dos, del quince de mayo de dos mil siete, que se entendió contra el citado encausado por delito de robo agravado en agravio de Mario Raúl Reyes Arqueros y Luis Miguel Reyes Arqueros.

Seguida la causa con arreglo a su naturaleza especial, la señora Fiscal mediante requerimiento de fojas treinta y nueve, del veintiuno de mayo último, formuló acusación sustancial en los mismos términos de la disposición de formalización de la investigación preparatoria. El auto de enjuiciamiento, corriente a fojas ocho -del cuaderno de debate-, del siete de junio de dos mil siete, fue dictado por el Juzgado Penal Colegiado y a su vez citó para el veintiuno de junio la realización de la audiencia.

SEGUNDO: Realizado el juicio de primera instancia -véase acta de fojas cuarenta y ocho-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de fojas cincuenta y cinco, del veintiuno de junio de dos mil siete, que condenó a Víctor Nino Urquiza Cotrina como autor del delito contra el patrimonio – robo agravado en perjuicio de Mario Raúl y Luis Miguel Reyes

Arqueros a diez años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor de los agraviados.

El imputado interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia por escrito de fojas sesenta y cinco. La alzada fue concedida por auto de fojas setenta, del veintidós de junio último.

II. Del trámite recursal en segunda instancia.

TERCERO: El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, sin ofrecimiento de pruebas por el recurrente, y realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas noventa y cinco, del trece de agosto de dos mil siete, cumplió con emitir y leer en audiencia la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del trece de agosto de dos mil siete.

CUARTO: La citada sentencia de vista, por unanimidad, confirmó la sentencia de primera instancia que condenó a Víctor Nino Urquiza Cotrina como autor del delito contra el patrimonio – robo agravado en perjuicio de Mario Raúl y Luis Miguel Reyes Arqueros a diez años de pena privativa de libertad y fijó en mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de los agraviados.

III. Del Trámite del recurso de casación del acusado Noreña Cajas.

QUINTO: Leida la sentencia de vista el acusado Urquiza Cotrina interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento cuatro. Introdujo dos motivos de casación: a) la denominada "casación constitucional", centrada en la presunta vulneración de tres preceptos constitucionales: presunción de inocencia, debido proceso e in dubio pro reo; y, b) la denominada "casación procesal o por quebrantamiento de forma". Ambos motivos debidamente reconocidos en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartados uno y dos, del nuevo Código Procesal Penal. Concedido el recurso por auto de fojas ciento diez, del veintisiete de agosto de dos mil siete, se elevó la causa a este Supremo Tribunal con fecha cuatro de septiembre de dos mil siete.

SEXTO: Cumplido el trámite de traslados a la Fiscalía Suprema como a la parte recurrida, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas quince, del cuaderno de casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, en uso de su facultad de corrección, declaró inadmisible el recurso de casación por inobservancia de normas legales de carácter procesal y por inobservancia del precepto constitucional previsto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución; y, bien concedido el recurso de casación por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba.

SÉPTIMO: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día catorce de diciembre último, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención del abogado de oficio,

así como del Señor Fiscal Supremo Adjunto, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

OCTAVO: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con

pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan – se realizará por la Secretaria de la Sala el día veintinueve de enero a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

PRIMERO: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas quince, del cuaderno de

casación, del veinticuatro de octubre de dos mil siete, los motivos del recurso de casación se centran en la inobservancia del precepto constitucional que contiene la garantía de presunción de inocencia, concretados en las reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba. Esas reglas, junto con otras, han sido expresamente consagradas como integrantes de la presunción de inocencia en el artículo II del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal.

SEGUNDO: El agravio consiste en que -según el recurrente- la sentencia de vista, al apreciar la prueba -testimonial de Wildo Rubén Avila Navis-, no cumplió con los requisitos de suficiencia probatoria y, además, vulneró la regla de legitimidad y legalidad de la prueba testimonial. Alega al respecto que la admisión de dicha testifical fue ilegal porque se vulneró los apartados uno y dos del artículo trescientos setentitrés del nuevo Código Procesal Penal [sólo se acepta nueva prueba, instalado el juicio oral, cuando las partes han tenido conocimiento de ella con posterioridad a la audiencia de control de la acusación], en consecuencia, no tiene la calidad de prueba pertinente para desvirtuar la presunción de inocencia por su irregular incorporación y que excluida sólo se tendría la versión de agraviado, por lo que al no existir otro medio probatorio quedaría duda respecto de la responsabilidad penal que se le atribuye.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

TERCERO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa que en la actuación de la prueba testimonial prestada en el plenario de Wildo Rubén Avila Navis no se ha producido ninguna violación sustancial, directa o indirectamente, a derecho fundamental alguno del imputado; que esa declaración plenaria no es prueba irregular; que la inadmisibilidad decretada por el Juzgado Penal Colegiado incidió en la copia de la manifestación que contiene la declaración del testigo y que se ha aplicado correctamente la prescripción del artículo trescientos setenta y tres, apartado dos del CPP, en el que excepcionalmente se reiteran ofrecimientos de pruebas rechazados en audiencia de

control, admitiendo como nueva prueba la testimonial de Wildo Rubén Avila Navis a solicitud de la Fiscalía y que no fue objeto de cuestionamiento por las partes.

III. Del motivo casacional. Presunción de inocencia.

CUARTO: El recurrente, como se ha enfatizado, denuncia que la sentencia condenatoria vulneró la presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba. Afirma que el Colegiado no debió admitir la testimonial de Wildo Rubén Avila Navis y que sin ella en su caso quedaría la duda respecto a su responsabilidad, por cuanto no se puede condenar a la persona por la sola sindicación del agraviado.

QUINTO : Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea *suficiente* -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal-. Ello quiere decir, *primero*, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio.

Corresponde a los Tribunales de Mérito -de primera instancia y de apelación- la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, fluye la existencia de un auténtico vacío probatorio y, en su caso, de una ilegalidad de los actos de prueba de entidad significativa.46

En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias y éstas son legítimas la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas -tal como la ley prevé-, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior, salvo que ésta vulnere groseramente las reglas de la ciencia o de la técnica o infrinjan las normas del pensamiento, de la lógica o de la sana crítica.

SEXTO: El recurrente cuestiona la regularidad o, mejor dicho, la licitud de la admisión a trámite y ulterior valoración de una prueba testimonial.

Es el caso que se trata de un proceso inmediato, a cuyo efecto, con arreglo al artículo cuatrocientos cuarenta y ocho del nuevo Código Procesal Penal, se dictó -previa emisión del auto de procedencia de dicho proceso y acusación fiscal- el auto acumulado de enjuiciamiento y citación a juicio por el Juez Penal Colegiado.

En el escrito de acusación la señora Fiscal Provincial sólo ofreció la copia de la manifestación de Wildo Rubén Avila Navis, prestada en sede preliminar con presencia de la Fiscal Adjunta. El Juzgado Penal Colegiado la declaró inadmisible porque su lectura en el juicio no correspondía conforme a la permisión del artículo trescientos ochenta y tres, apartado uno, literal d), del nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, en la estación de

ofrecimiento de nueva prueba la Fiscalía ofreció la declaración del citado Wildo Rubén Avila Navis, sin oposición de la defensa del imputado, la que además tuvo la oportunidad de contrainterrogarlo -así consta del acta de fojas cuarenta y ocho.

La sentencia condenatoria, entre otras pruebas, se sustentó en ese testimonio de cargo.

El apartado uno del artículo trescientos setenta y tres del nuevo Código Procesal Penal, en el caso de nuevos medios de prueba, establece que su ofrecimiento y admisión está condicionada a que se haya tenido conocimiento de su existencia con posterioridad a la audiencia de control de la acusación, que no es el caso del ofrecimiento de la declaración de un testigo debidamente identificado que prestó declaración en sede de investigación preparatoria. Ahora bien, el apartado dos del mismo artículo estatuye que es posible ofrecer un medio de prueba inadmitido en la audiencia de control; y, si bien no existe identidad absoluta entre el ofrecimiento de una prueba personal y el ofrecimiento de una prueba documental, es evidente que en el caso de autos lo que el Fiscal perseguía era incorporar un elemento de prueba vital: la exposición de hechos por una persona determinada. La excepcionalidad en la admisión de la lectura de una declaración sumarial de un testigo se basa en argumentos de urgencia y excepcionalidad, por lo que en caso que estos presupuestos no se presenten es indispensable que el testigo concurra al acto oral para que exponga lo que sabe acerca de los hechos enjuiciados. En consecuencia, la insistencia del testimonio personal en el acto oral, en esas condiciones de rechazo del acta de declaración sumarial, muy bien puede ser invocada en la oportunidad prevista en el artículo trescientos setenta y tres, apartado dos, del nuevo Código Procesal Penal.

La necesidad del pleno esclarecimiento de los hechos acusados exige que se superen interpretaciones formalistas de la ley procesal, sin que ello signifique, desde luego, una lesión a los derechos de las partes.

En el presente caso el testigo citado asistió al acto oral, fue examinado por las partes y, es más, la solicitud probatoria que justificó su presencia no fue objetada por el imputado. No se está, pues, ante una prueba inconstitucional en la medida en que se cumplieron los principios fundamentales de la actuación probatoria: contradicción, inmediación y publicidad: la testimonial no incidió en un ámbito prohibido ni está referida a una intervención ilegal de la autoridad, tampoco se trató de una prueba sorpresiva. Las garantías procesales en la actuación probatoria, que es lo esencial desde la presunción de inocencia, no se han vulnerado.

La causal de casación por vulneración de la presunción de inocencia debe desestimarse.

SÉPTIMO: Con arreglo al artículo cuatrocientos noventa y siete del nuevo Código Procesal Penal corresponde pronunciarse sobre las costas del recurso. Si bien el recurrente ha sido declarado culpable y es del caso desestimar el presente recurso de casación han existido razones serias y fundadas para promover el recurso de casación, referidas al alcance del artículo trescientos setenta y tres del nuevo Código Procesal Penal (apartado tres del referido artículo cuatrocientos noventa y siete), por lo que cabe eximirlo del pago de las costas.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, referida a la garantía de presunción de inocencia: reglas de suficiencia probatoria y de legitimidad y legalidad de la prueba, interpuesto por el encausado VÍCTOR NINO URQUIZA COTRINA.

II. **EXIMIERON** al recurrente del pago de las costas del recurso.

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

IV. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

Ss.

SALAS GAMBOA

PONCE DE MIER

URBINA GANVINI

PARIONA PASTRANA

ZECENARRO MATEUS

arbitrario e incongruente, que la convierte en una motivación ilógica, pues toda sentencia condenatoria o absolutoria debe ser expresión lógica de la valoración concreta de las pruebas y de la interpretación de la norma aplicable, a fin de garantizar al justiciable una resolución fundada en derecho.

3.3.3. Asimismo, se observa falta de motivación en la sentencia de vista, pues el Tribunal de mérito no expuso con argumentos determinantes las razones de la omisión en la actuación y valoración de la prueba biológica de ADN, solicitado por el recurrente en su apelación, pues esta prueba resulta ser pertinente y necesaria para tener certeza que el neonato es producto o no de la violación que sufrió la agraviada, más aún si la imputación se sustenta en gran medida en que el hijo de la agraviada es resultado de la violación sexual, máxime si la propia adolescente afirmó que la única oportunidad en la que sostuvo relaciones sexuales fue cuando el recurrente abusó de ella. Por lo que, la Sala Superior al no compulsar y valorar dicho medio de prueba [prueba biológica de ADN] afectó también el derecho del recurrente a utilizar medios de prueba pertinente, pues este derecho garantiza a las partes la obligatoriedad del juzgador de atender a sus solicitudes de prueba ofrecidas, siempre que resultan pertinentes y necesarias dadas en el tiempo y forma. En ese sentido, al haberse ofrecido la prueba biológica de ADN tomándose las muestras pertinentes, dentro del plazo y con las formalidades que exige la ley, resulta insostenible soslayar la compulsa y su valoración de dicha prueba, para llegar a la certeza del thema probandum y la responsabilidad del recurrente.

3.3.4. Cuando en el proceso se presenta una prueba científica de ADN que guarde una relación directa con el hecho principal que se pretende probar, ésta debe actuarse en sede de instancia y en tiempo oportuno, así como efectuar su valoración previa a la emisión de sentencia. El juzgador no puede sentenciar si no se ha efectuado la actuación probatoria de dicha evidencia científica. Lo contrario afectaría el derecho a la prueba que es consustancial al principio de inocencia.

3.3.5. La aplicación forense de la prueba de ADN, se da en la investigación biológica de la paternidad, en la resolución de problemas de identificación y la investigación de indicios en criminalística biológica, es decir, el análisis de muestras biológicas de interés criminal, como los tejidos, pelos, restos óseos, fluidos de sangre, saliva, semen, orina entre otros.

3.3.6. En los delitos contra la libertad sexual, cuando se trata de imputación contra una sola persona que ha mantenido relaciones sexuales con la presunta agraviada y a consecuencia de ello procrea un menor, es necesario la realización de la prueba científica de ADN a fin de determinar la paternidad y la responsabilidad penal o no del encausado.

3.3.7. Por tanto, como ya se indicó precedentemente, el Ad quem no solo infringió la garantía constitucional de la presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente, sino también a la debida motivación de resoluciones judiciales, pues las razones en que justifica su decisión resultó incongruentes, por lo que estamos frente a una resolución no arreglada al mérito de lo actuado y a la ley, por lo que corresponde anularlo y disponer que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, conforme lo establece el artículo cuatrocientos treinta y tres, inciso primero, del Código Procesal Penal.

3.3.8. De otro lado, atendiendo a que el encausado Melecio Gaudencio Carrión Quito, se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario de Huaraz, por mandato de la sentencia de fecha veinticuatro de marzo de dos mil catorce -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-, confirmada por la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, y estando a que las mismas han sido declaradas nulas por este Supremo Tribunal, corresponde su inmediata excarcelación.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon:

I. **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Melecio Gaudencio Carrión Quito por vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, derecho a la prueba pertinente y la falta de motivación de sentencia.

II. **CASARON** la sentencia de vista del dieciséis de mayo de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete del cuaderno de debates-, que confirmó la sentencia de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates- del veinticuatro de marzo de dos mil catorce, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual, tipificado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal, en agravio de la menor K.M.M, y le impuso seis años de pena privativa de libertad efectiva; y,

III. **NULA** la citada sentencia de primera instancia -fojas ciento cuarenta del cuaderno de debates-.

IV. **ORDENARON** que otro Colegiado emita nuevo pronunciamiento, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución; y,

V. **ORDENARON:** la libertad del mencionado procesado, siempre y cuando no exista mandato de detención en su contra, oficiándose vía fax a la Sala Mixta Transitoria Descentralizada de la Provincia de Huarí para su excarcelación.

VI. **ESTABLECER** como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el considerando 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6 de la presente Ejecutoria Suprema de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal respecto a la necesaria realización de prueba científica de ADN, su actuación en sede de instancia y su valoración previo a la emisión de sentencia.

VII. **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.

VIII. **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.

IX. **PUBLICAR** en el Diario oficial "El Peruano" conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal.

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

J-1349207-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 626-2013
MOQUEGUA

Sumilla: Establecen doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal –peligro de fuga–) de la medida de prisión preventiva.

Lima, treinta de junio de dos mil quince.

VISTOS: En audiencia pública; el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, en relación con la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Primera Fiscalía Superior Penal de Moquegua, contra el auto de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión, en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - homicidio

calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco Lopez; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES:

Primero. Por disposición del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas dos, la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Mariscal Nieto dispone formalizar y continuar con la investigación preparatoria contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud-homicidio calificado, previsto en el inciso tres del artículo ciento ocho del Código Penal, en agravio de Mirian Erika Aucatinco López.

Segundo. Mediante requerimiento del veintiséis de septiembre de dos mil trece, de fojas ciento cincuenta y tres, también solicitó se declare fundado su requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani por el plazo de nueve meses.

Tercero. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria señaló como fecha para audiencia el veintisiete de septiembre de dos mil trece, a las ocho horas. Producida y registrada a fojas doscientos veintiocho, por resolución de fojas doscientos veintiséis, resolvió declarar fundada la prisión preventiva por el plazo de nueve meses en contra de Marco Antonio Gutiérrez Mamani.

Cuarto. Apelada y concedido el recurso, se citó a la audiencia de apelación para el dieciséis de octubre de dos mil trece, que se registra a fojas doscientos setenta. Luego de producida, se emite la resolución de vista del veintiuno de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos setenta y tres, que por mayoría revocó la resolución del veintiséis de septiembre de dos mil trece, que declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez Mamani y reformándola: dictaron en su contra comparecencia con restricciones sujeta al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer quincenalmente al Juzgado de Investigación Preparatoria que previno, a efectos de registrar su asistencia e informar de sus actividades. b) No variar su domicilio ni salir de la ciudad sin autorización judicial. c) Abstenerse de cercanía a la familia de la víctima y testigos, inclusive la comunicación telefónica. d) Prohibición de frecuentar lugares de expendio de bebidas alcohólicas y drogas. e) Obligación de concurrir puntualmente a todas las citaciones que efectúe el Ministerio Público en la investigación preparatoria en curso, así como a las que realice el órgano jurisdiccional. f) Pagar una caución económica de siete mil nuevos soles, previa a la excarcelación. Bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de revocarse la decisión; con lo demás que contiene.

Quinto. El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la resolución de vista –ver fojas trescientos treinta y ocho–, que fue concedido por resolución del trece de noviembre de dos mil trece, obrante a fojas trescientos cincuenta y uno.

Sexto. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación del cinco de septiembre de dos mil catorce, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal.

Séptimo. 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 catorce de julio de dos mil catorce a horas ocho y cuarenta y cinco de la mañana.

CONSIDERANDOS:

1. Aspectos generales

Primero. Conforme a la Ejecutoria Suprema del cinco de septiembre de dos mil catorce –calificación de casación– obrante a fojas setenta y siete del cuadernillo formado en esta instancia, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de doctrina jurisprudencial por la causal de inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: sobre el tratamiento que debe dársele a los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal, modificados y puestos en vigencia en todo el territorio nacional, el diecinueve de agosto de dos mil trece, por la Ley número treinta mil setenta y seis, sobre la configuración del peligro procesal, y que se debe considerar para calificar el peligro de fuga, además del arraigo en el país del imputado, su comportamiento durante el procedimiento u otro anterior, la gravedad de la pena y magnitud del daño causado, aspectos que se presentarían en el presente caso. ii) Para la debida evaluación y concatenación de los elementos que configuran los presupuestos para el dictado de prisión preventiva, a efectos de evitar la arbitrariedad en las decisiones judiciales, más si en el presente caso el Colegiado Superior se sustentaría en argumentaciones no planteadas por las partes durante la audiencia de apelación de prisión preventiva, lo que vulneraría los principios de contradicción e imparcialidad judicial.

Segundo. Se imputa al investigado que: i) Entre las veintiún horas del dieciséis de septiembre de dos mil once y las dos horas con veintinueve minutos del diecisiete del mismo mes y año, encontrándose la agraviada al interior de un lugar cerrado y privado, desnuda, confiada en el agresor, a quien le dio la espalda, es tomada por sorpresa por atrás, no dándole tiempo a defenderse y estando premunido el agresor de un instrumento punzo cortante, compatible con un cuchillo, procedió a seccionarle la arteria externa, vena yugular externa y vena tiroidea superior, desgarrando parcialmente la yugular interna. Cortes que fueron ejecutados con gran fuerza que lograron la sección completa a nivel de cartílago tiroideo, hasta generar una luxofractura en la columna cervical y fragmentación a nivel del cuerpo vertebral izquierdo, generándose un shock hipovolémico, a consecuencia de la hemorragia masiva por la lesión de vasos de gran calibre. ii) Después, el victimario procedió a lavar completamente el cadáver, lo vistió y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se colocó al lado izquierdo y premunido de un instrumento procedió a infenrle las heridas punzopenetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. iii) Finalmente, procedió a abandonar el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Calizaya –extensión agrícola–, ubicado en la avenida Paisajista s/n del sector El Rayo del Centro Poblado Los Ángeles, del cercado de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes de abandonar el lugar procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo. El agresor dejó la silueta de dedos de mano reflejados en el cuerpo de la agraviada con el objeto de simular una supuesta violación, llevándose consigo su celular. iv) Los hechos son atribuidos al investigado, pues en su condición de ex enamorado de la agraviada –siendo ella quien habría terminado la relación sentimental el día catorce de septiembre de dos mil once, por haber iniciado otra relación sentimental con Julio André Alva Flores–, se negaba a terminar la relación bajo amenazas de "quitarse la vida" y de "contar a los padres de la agraviada de las relaciones sexuales sostenidas con Julio André Alva Flores" y la propia presión de seguir frecuentándolo como amigos.

2. Sustento de los actos procesales relativos al caso

Tercero. El Fiscal Provincial sustentó su requerimiento de prisión preventiva en:

A) Sobre los graves elementos de convicción, relató una serie hechos y expuso argumentos sobre la vinculación del imputado (similar a lo expuesto en el segundo considerando).

B) Sobre la prognosis de pena, que la sanción para el delito de homicidio calificado superará los cuatro años de pena privativa de libertad, pues la pena básica es de quince años de pena privativa de libertad, hasta la cadena perpetua.

C) Sobre el peligro procesal, que no cuenta con arraigo laboral, familiar ni domiciliario, al no existir evidencia documental que advierta lo contrario, la gravedad de la pena privativa de libertad que se espera, es de quince a treinta y cinco años efectiva, la personalidad y circunstancias en la intervención policial, la forma como se condujo para desaparecer las evidencias y esconder la escena primaria del delito, con fines de no ser identificado, la gran magnitud del daño causado, pues cultó la vida a la agraviada, lo que se magnifica por la forma como se realizó, no mostrando actitud alguna tendiente a reparar el daño ocasionado.

Cuarto. El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria dictó la medida de prisión preventiva contra Marco Antonio Gutiérrez sobre la base que:

A) En cuanto al primer requisito, en el considerando segundo, señaló que estos se corroboran con los elementos de

convicción oralizados por el representante del Ministerio Público, consistentes en que la agraviada inicia una relación sentimental con Gutiérrez Mamani, acreditándose que ella es estudiante del Instituto Superior Tecnológico y que asistió el día dieciséis de septiembre de dos mil once, desde las dieciocho horas con treinta minutos a las veintiún horas con quince minutos, a las clases del profesor Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, tal como lo señala: i) El primer elemento de convicción: informe número cero cero seis-dos mil once-LQM/ CONTABILIDADII, E. T. P. "JCM". ii) Segundo, que esta información es ratificada por la declaración del docente Eugenio Leopoldo Quispe Mamani. iii) Tercero, la declaración del padre de la víctima, Elías Aucatinco Cuadros, quien refiere que el imputado era enamorado de su hija, la visitaba en su casa, pero había terminado con él. iv) Cuarto, la declaración de Diana Pamela Aucatinco López, que indica que el imputado era enamorado de su hermana, que conoció a Julio André Alva Flores el seis de agosto de dos mil once. El ocho de septiembre de dos mil once, cuando llamó al imputado, negó estar con la agraviada, el nueve del mismo mes y año llegó a su casa junto a su hermana, el catorce del mismo mes y año, el imputado le dijo que había terminado su relación con su hermana, no la quería ver y que ante cualquier cosa que le pasara no le echaran la culpa, el día quince fue a su casa llevando dos chirimoyas a su padre, indicó que quería conversar en serio con sus padres, pues había encontrado un mensaje de texto en su celular donde advertía que Miriam y Julio habían mantenido relaciones sexuales, en eso llegó la agraviada. El dieciséis la agraviada le dijo que había terminado con el imputado. El diecisiete con Julio André Alva Flores se constituyeron a la comisaría de la PNP de San Antonio a presentar la denuncia por desaparición de su hermana, llamó al celular de ella, respondieron pero nadie hablaba, escuchó el cantar de un gallo, luego llamó al imputado, quien dijo no estar con ella y escuchó un canto de gallo similar. A las ocho horas llegó el imputado a su casa, se puso nervioso y sembroso, tenía ojos rojos y llorosos, como si hubiera trasnochado. v) Quinto, la declaración testimonial de Eliana López Ramos, madre de la agraviada, que señala que el acusado era enamorado de su hija, pero ella conocía su nueva relación. El catorce de septiembre de dos mil once el la llamó y le dijo que quería conversar con ella y su esposo, quedando para el sábado dieciséis. El día quince llamó a su hija, quien le dijo que había terminado con aquel. vi) Sexto. La declaración de Naly Flores Mamani, que señaló que el tres de septiembre de dos mil once, a las dieciséis horas, observa a la agraviada enviándose mensajes con Julio André Alva Flores, indicando que se había distanciado del imputado desde hace cuatro días, quería terminar con él, pero había amenazado con matarse. vii) Séptimo, la declaración de Julio André Alva Flores, que señala que con la agraviada se hicieron enamorados el ocho de septiembre de dos mil once, pero a las veintidós horas se encontraron con el imputado, quien les pidió una explicación, a pedido de la agraviada se fue del lugar, dejándolos. El día nueve la buscó, pues no le contestaba el celular. En la madrugada de ese día ella le dijo que quería terminar con el imputado, pero este se puso como loco diciendo que se quería matar. Ese día recibió llamadas telefónicas de ella, pero en realidad era el imputado que le obligaba a decirle "a ti no te amo, amo a Marco Gutiérrez Mamani". Cuando se vieron y la quiso abrazar ella le dijo que mientras esto ocurriera quería mantener una distancia, también que el imputado le había quitado los celulares, la tenía amenazada porque había que había mantenido relaciones sexuales con el copoderne, por lo que hacía lo que él quería. El día dieciséis ella le contó que el día anterior, cuando llegó a su casa, encontró al imputado conversando con su hermana. viii) Octavo, declaración de Ruth Mariela Escobar Masco, quien refiere que el imputado el día quince había ido al instituto a recoger a la agraviada, pero esta le comentó que no quería saber de él, habían terminado la relación el día catorce, pero este no lo aceptaba y la condiciono para frecuentarse como amigos. El día dieciséis la agraviada estuvo en clases hasta las veintiún horas con quince minutos, cuando escuchó que el teléfono sonó y salió de clases para atender la llamada y se retiró, ese mismo día el imputado la había llamado insistentemente al celular, pero la agraviada no le contestaba. ix) Noveno, la declaración de Carlos Tumbalobos Resino, quien indicó que el día dieciséis, a las veintitrés horas con treinta minutos, vio a la agraviada y al imputado en la esquina de la avenida La Paz, frente a la empresa Cruz del Sur, ella se encontraba seria con los brazos cruzados y él trataba de hablarle. x) Décimo, la declaración de Sara Milagros Alfaro Flores, quien señaló que vio a la agraviada el dieciséis de septiembre al promediar las veintiún horas, subiendo a un transporte público desde el instituto hasta la intersección formada de la avenida Balta y calle Ancash. xi) Décimo primero, el acta de levantamiento de cadáver que señala que la muerte probablemente ocurrió entre quince a veinte horas. xii) Décimo segundo, el informe pericial de necropsia médico legal, que advierte que la causa de la muerte es shock hipovolémico, laceración cardiaca, diecinueve heridas punzocortantes. xiii) Décimo tercero, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que el shock es a causa de pérdida del veinte por ciento de volumen normal de sangre. xiv) Décimo cuarto, el informe pericial ampliatorio de necropsia médico legal, que señala que no puede precisarse la posición del agresor cuando infiere las lesiones del cuello. xv) Décimo quinto, tomas fotográficas del levantamiento de cadáver. xvi) Décimo sexto, el informe de inspección técnico criminal, sobre la ubicación de las manchas de sangre, apreciándose que los hechos no ocurrieron en el lugar donde se produce el levantamiento de cadáver. xvii) Décimo séptimo, la pericia de biología forense. xviii) Décimo octavo, la pericia física, sobre los cortes de la ropa de la víctima. xix) Décimo noveno, el acta de recojo de evidencias. xx) Vigésimo, el informe de inspección técnico criminal, sobre el lugar donde fue hallado el cadáver, se señala que una vez posicionado el cadáver, el presunto victimario deslizó el pantalón hacia la parte inferior para simular una violación. xxi) Vigésimo primero, la declaración de Julio César Briceño López, quien encontró a Diana Pamela Aucatinco López alterada y a Marco Antonio Gutiérrez Mamani cansado, con ojos rojos, como si no hubiera dormido. xxii) Vigésimo segundo, la declaración de Janet Ángela Mamanchura Cuela, vecina de la víctima, señala que le preguntó al imputado por la víctima y dijo no saber nada, estaba nervioso, con voz ronca, decaído, tenía ojeras, ojos rojizos, no decía nada. xxiii) Vigésimo tercero, el informe número doscientos noventa y siete-dos mil once-XII-DIRTEPOL, efectuada a la habitación del imputado. xxiv) Vigésimo cuarto, el acta de aplicación de reactivo de luminol en el domicilio del imputado. xxv) Vigésimo quinto, reporte de llamadas telefónicas del celular del imputado. xxvi) Vigésimo sexto, reporte de llamadas telefónicas del celular de la agraviada. xxvii) Vigésimo séptimo, el acta de intervención policial de fojas ochenta y cinco. xxviii) Vigésimo octavo, el informe policial número cero cero ocho-dos mil trece-RPS-DIRTEARE. xxix) Vigésimo noveno, el informe policial número ciento veinticuatro-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTE-MOQ/ DIVICAJ. xxx) Trigésimo, el perfil criminológico contenido en la evaluación psicológica, que señala que el lugar de los hechos es cerrado y se pueden manipular pruebas, agredió a la víctima en un lugar donde se sentía seguro, protegió su identidad, se apoyó de terceros para transportar el cuerpo, la víctima se sintió confiada en el agresor, el agresor usó el factor sorpresa, actuó con brutalidad, sadismo y furor homicida, es celoso, controlador y manipulador. El relato del imputado no reúne los criterios de credibilidad y posee una personalidad mixta obsesivo-compulsivo. xxxi) Trigésimo primero, el acta de inspección técnico policial. xxxii) Trigésimo segundo, el informe número ciento ochenta y seis-dos mil trece-REGPOSUR-DIRTEPOL-M/OFFICRI. xxxiii) Trigésimo tercero, la declaración testimonial de Crystian Raúl Valdez Flores. xxxiv) Trigésimo cuarto, la declaración testimonial de Henry Erickson Cruz Gallegos. xxxv) Trigésimo quinto, la declaración de Marco Antonio Gutiérrez Mamani. xxxvi) Trigésimo sexto, la ampliación de declaración del imputado.

B) Sobre la prognosis de pena, esta no será menor de quince años de pena privativa de libertad, al no existir circunstancias que hagan prever una atenuación inferior a cuatro años.

C) Sobre el peligro procesal, luego de resumir lo que dice la Fiscalía y defensa señala que "por todo ello se tiene la gravedad de la pena, cuyo extremo mínimo es de quince años, lo que permite establecer que el procesado podría interferir y obstaculizar la investigación judicial y Fiscal, debiendo restringirse su libertad locomotora por el plazo de nueve meses".

Quinto. En su recurso de apelación la defensa del imputado alega que: i) Solo existen indicios y presunciones sobre su responsabilidad. ii) Las testimoniales no guardan legalidad o firmeza como medios de prueba. iii) El Juez solo se limitó a efectuar una repetición de la exposición literaria de hechos imaginarios por el Ministerio Público, basadas en testimoniales sin valor y contradictorias, sin considerar la prueba directa e incuestionable, como los resultados de las pericias biológicas, las muestras de luminol. Por lo que no existe elemento grave de convicción que determine la responsabilidad penal. iv) Quienes dirán gallos en Moquegua son varias personas, no sólo él, por lo que la "teoría del gallo" no tendría mayor valor. v) No se tomó en cuenta los documentos adjuntados que acreditan su arraigo familiar, domiciliario y laboral.

Sexto. En la audiencia de apelación de auto, de diecisiete de octubre de dos mil trece, estuvieron presentes tanto la defensa como la Fiscalía, a su turno cada uno expuso su teoría del caso: i) La defensa señaló que el Fiscal se basa en subjetividades, simples versiones, y no en indicios probados, y contrario a lo que opina el Fiscal, el imputado es inocente de los cargos atribuidos, pues la última persona que estuvo con la víctima fue un tercero, Alva Flores. Además, no se halló rastros de sangre en el domicilio del investigado, no siendo creíble la "teoría del gallo". Por ello, el Fiscal solo alega indicios y presunciones, que no están corroborados. En cuanto al peligro procesal, el imputado presentó elementos para establecer que no existe peligro de fuga, acreditando el arraigo domiciliario, familiar y laboral, pero el Juez no lo tomó en cuenta. ii) El Fiscal relató los hechos, además, indicó que el imputado no mencionó cuáles son los documentos que acreditan el arraigo, por lo que, a pesar de presentarlos, es como si no existieran. Refirió que sí existen suficientes actos de investigación que vinculan al procesado con el delito, como el perfil psicológico, el testigo Alva Flores, quien llamó a la agraviada porque no se encontraba con ella, como indica la defensa, además, de testimoniales que concuerdan con la forma en cómo se encontró a la víctima. Asimismo, el homicidio fue planificado y se quiso aparentar una violación. Por último, que es válida la "teoría del gallo". iii) En su autodefensa, el imputado se ratificó en su inocencia, indicando que ha estado en todas las citaciones, no he huido a ningún lugar.

Séptimo. El Tribunal Superior al revocar esta medida indicó:

A) Sobre los elementos de convicción, que: i) Existen actas de levantamiento de cadáver, necropsia médico legal, informes periciales que acreditan el resultado típico: la muerte de la agraviada el diecisiete de septiembre de dos mil once, la causa de la muerte fueron heridas punzo cortantes, en número de diecinueve, fractura cervical, laceración cardiaca, shock hipovolémico ocasionado por objeto punzo cortante. ii) Las circunstancias en que fue encontrada la víctima se hallan en las fotografías de fojas cincuenta y ocho a sesenta y cinco. iii) El informe número doscientos noventa y uno-dos mil once, examen de biología forense, que contiene la apreciación criminalística, sobre que el arma debió ser un cuchillo o elemento similar, así como que el acto se ejecutó en otro lugar, pues por las heridas abiertas debió encontrarse en el lugar abundantes restos de sangre, por último, que el autor pretendió simular una violación para confundir la investigación. iv) Como no existió dato concreto para una imputación directa se recurrió a la prueba por indicios, así existen indicios de manifestaciones anteriores, como la de Ayme Margot Gómez Roque, quien vio por última vez a la víctima en clases hasta las veintiún horas con veinte minutos, de Eugenio Leopoldo Quispe Mamani, quien dijo que la agraviada asistió a su curso, luego la vio en compañía de un joven y ella caminaba enojada, de Carlos Tumbalobos Reaño, quien vio a agraviada e imputado el dieciséis de septiembre de dos mil once, a las once horas con treinta minutos, ella tenía ropa oscura y brazos cruzados, lo que corroboraría la versión anterior, asimismo, el reporte de levantamiento del secreto telefónico establece que ambos tuvieron comunicaciones previas, por lo que se concluye que el imputado fue la última persona que vio a la víctima antes de su desaparición, aun cuando dijo que estuvo en otro lugar, lo que es un indicio de mala justificación. Como indicio de móvil delictivo se tiene el rompimiento de relaciones sentimentales, así el propio acusado refirió que estas terminaron porque la encontró con Julio Alva Flores y descubrió, al leer su celular, que estos mantenían relaciones sexuales. El padre de la agraviada refirió que su hija Pamela mencionó que el imputado había dicho que si terminaban se iba a suicidar. Por su parte Julio André Alva Flores confirmó el encuentro que tuvieron los tres el ocho de septiembre de dos mil once. Como indicios de personalidad la hermana de la víctima resaltó la personalidad posesiva y dominante del investigado con su hermana, lo que corrobora Alva Flores, pues el imputado le había quitado dos celulares y "se puso como loco diciendo que se quería matar". Asimismo, los resultados de la evaluación psicológica concluye que el imputado presenta personalidad mixta, obsesivo compulsivo, paranoide y que el relato brindado por este no reúne los criterios de credibilidad, es poco consistente, sin descripción episódica y es contradictoria, lo que es evidente en relación a la negativa de haber visto a la víctima el día anterior. v) Estos actos vinculan al imputado con los hechos, pues fue la última persona con la que estuvo la víctima, tiene personalidad dominante y agresiva con su enamorada, generándole dependencia emocional, que se tradujeron en rupturas y reconciliaciones, no desprovistas de rencores por la nueva relación sentimental de la víctima, lo que hacen inclinar la balanza frente a su negativa expresa de cualquier encuentro previo a la desaparición de la víctima. vi) En cambio, no resulta de recibo la versión de la defensa respecto a la prueba científica (luminol, ausencia de fluidos corporales), pues la teoría del Fiscal sugiere que el delito se realizó en lugar distinto donde esta fue hallada. vii) Las circunstancias previas y el motivo suficiente concurren para poder vincular al imputado con la comisión del delito, con un alto grado de probabilidad, estando en etapa de investigación.

B) Como no se cuestionó la prognosis de pena no se emite pronunciamiento alguno.

C) En cuanto al peligro procesal señaló que: i) El a quo estimó que existe peligro de obstaculización por la gravedad de la pena y porque el imputado puede influenciar en los testigos para que informen falsamente. ii) Las afirmaciones del peligro procesal no se sustentan en datos objetivos obtenidos en actos iniciales de la investigación, solo en presunciones, en cambio, la penalidad alta debe estar vinculada a algún dato objetivo. iii) El arraigo no fue materia de pronunciamiento por el a quo, pese a que se presentaron documentales, de las cuales se obtiene que el imputado vive en el Fundo Quebrada Onda, en compañía de sus padres y abuelo, actualmente no tiene trabajo, pero con anterioridad sí, en Angloamerican, Inoo Servicios e IST José Carlos Mariátegui. iv) La investigación data del diecisiete de septiembre de dos mil once, formalizándose el veintiséis de septiembre de dos mil trece. El diecinueve de septiembre de dos mil once el imputado declaró, a dos días de ocurridos los hechos, su habitación fue sometida a pericias de aplicación del reactivo de luminol en la misma fecha. El seis de marzo de dos mil doce se le extrajeron muestras sanguíneas e hisopado bucal para análisis de perfiles genéticos y cromosomas sexuales, su secreto telefónico fue levantado el mes de octubre de dos mil once; sin deadén ni negativa de su parte, lo cual valorado conjuntamente permite inferir una sumisión a la investigación que ha durado más de dos años, si en este plazo no hubo peligro de fuga, ¿cómo se puede materializar en esta oportunidad? v) Sobre la posibilidad de obstrucción en relación a los testigos, no se cuenta con información de la existencia de amenazas, agresiones o coacciones que haya realizado el imputado para impedir que declaren con verdad.

Octavo. El señor Fiscal Superior al interponer su recurso de casación, obrante a fojas trescientos treinta y ocho, alega que: i) En su apelación el imputado señaló que no existen elementos de convicción que lo vinculen al delito, solo testimoniales contradictorias, sin considerarse la prueba de luminol, que no se valoraron las instrumentales que demuestran el arraigo familiar, domiciliario y laboral, lo que reafirmó en la audiencia de apelación. Sin embargo, la Sala de Apelaciones fundamenta su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados tácita ni expresamente por este. ii) La Sala de Apelaciones argumenta que existe arraigo, pero la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría tal arraigo, de lo que se dejó constancia; sin embargo, el Tribunal de alzada, ante la omisión del abogado defensor, lo supló y obtuvo esta información del expediente judicial. La Sala no estaba facultada para incorporar argumentos no planteados por el impugnante y por tanto no sujetos a debate contradictorio, lo que vulnera el principio de congruencia, pues solo puede examinar la resolución recurrida dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, tanto en la declaración de hechos y aplicación de derecho. Debe existir plena correspondencia entre lo peticionado en el recurso con lo resuelto por el Tribunal de alzada, no puede ir más allá de los pedidos, fundarse en hechos diversos de los alegados por las partes, debe limitarse a los puntos indicados en la motivación por el recurrente. Se vulneró el principio de imparcialidad, pues el Juez debe ser neutral sin colaborar con ninguna parte. iii) El voto en mayoría indicó que el imputado señaló "haber sido citado en varias oportunidades", refiriendo no existir peligro de obstaculización, pero este hecho no fue alegado por la defensa técnica del imputado, quedando conforme con los argumentos planteados por el Juez a quo, pero la Sala oficiosamente obtuvo información del expediente judicial, señalando que a dos días de los hechos se le extrajo muestras sanguíneas e hisopado bucal y su secreto telefónico fue levantado, señalando que en ese lapso de tiempo no existió peligro de fuga, sin considerar que la situación jurídica del imputado era diferente, pues al requerir la prisión preventiva se formaliza la investigación y evidentemente las diligencias preliminares tienen otra finalidad. iv) La Sala de Apelaciones no podía incorporar nuevos argumentos que no estuvieron sujetos al contradictorio, lo que vulnera el principio acusatorio, que separa las funciones de las partes. v) Es necesario erradicar las sentencias arbitrarias del ámbito jurisdiccional, desarrollando y reforzando los principios

acusatorio, congruencia procesal, imparcialidad, contradicción y motivación de las resoluciones.

3. La prisión preventiva en la Ley número treinta mil setenta y seis

Noveno. La libertad es uno de los Derechos Fundamentales en los que se basa el Estado de Derecho, por ello no es cuestionable su importancia y preferencia dentro del sistema jurídico. Sin embargo, existen casos en los que esta tiene que retroceder frente a otros intereses o bienes jurídicamente protegidos.

Décimo. La libertad ambulatoria puede ser limitada dentro del proceso penal a efectos de asegurar sus fines. Este es la justificación de la imposición de una medida cautelar personal como la prisión preventiva.

Décimo primero. La aplicación de esta medida es excepcional, en atención a la preferencia por la libertad del sistema democrático, por ende, su adopción se hará solo en los casos necesarios y que cumplan los requisitos de ley, en especial el peligro procesal. Pues de otra forma se lesionará no solo la libertad, sino también la presunción de inocencia, pues se encarcela como si fuera culpable a quien se le debe presumir inocente.

Décimo segundo. La prisión preventiva solo se decreta cuando existe peligro que el imputado se pueda sustraer del proceso y no se llegue a una sentencia de fondo, así como cuando existe afectación a la actividad probatoria, son los llamados peligro de fuga y de obstaculización probatoria.

Décimo tercero. El artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal regula los requisitos para adoptar esta medida, al señalar que el Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

A) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincula al imputado como autor o partícipe del mismo.

B) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

C) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Décimo cuarto. Los artículos doscientos sesenta y ocho al doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, desde el veinte de agosto de dos mil trece, se encuentran vigentes en todo el país por la Ley número treinta mil setenta y seis y traslada la circunstancia de pertenecer a una organización criminal, ubicándola correctamente como un elemento del peligro procesal.

4. Argumentación y contradicción de la audiencia de prisión preventiva y la motivación del auto

Décimo quinto. El Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete establece un sistema acusatorio contradictorio de origen eurocontinental, incorporando un sistema de audiencias previas y de juzgamiento, regidos en general por la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad.

Décimo sexto. Es importante la audiencia para tomar una decisión, pues durante la investigación preparatoria o etapa intermedia las partes sustentan sus pretensiones a través de los principios citados, y el Juez debe cumplir una función activa en busca de la mayor información y de la mejor calidad, que le permita la resolución, lo que se aplica en la audiencia de prisión preventiva, previsto en el inciso uno del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal.

Décimo séptimo. En la audiencia de prisión preventiva una buena práctica, especialmente al inicio de la realización de audiencias previas en el Distrito Judicial, por la aplicación progresiva del Código Procesal Penal, es que la argumentación por las partes de los presupuestos materiales se haga punto por punto, señalados en el artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal, referidos a los requisitos de la medida cautelar que requieren o se oponen, así, captarán íntegramente la información sobre cada uno y contradecirán todo lo argumentado, presupuesto por presupuesto, el Juez podrá hacer preguntas al respecto, contando con el máximo de información sobre los elementos de convicción contradichos que sustenten cada uno de los requisitos de esta medida de coerción personal y después pasará al siguiente punto, y al concluir cada punto y al final de la audiencia, estará en las mejores condiciones para pronunciar la medida de coerción personal necesaria y proporcional.

Décimo octavo. Lo primero que se tratará será sobre los graves y fundados elementos de convicción. El Fiscal relatará los hechos y argumentará la intervención del imputado, sobre la base de los elementos materiales obtenidos, que sustentaran sus dichos. El Juez dará la palabra a la defensa para que exponga lo necesario. Siendo la función del Órgano Jurisdiccional hacer la audiencia, captar la información y expedir resoluciones orales y escritas, su labor de dirección es central evitando desvíos en la discusión de derechos que no corresponden a la naturaleza de la audiencia, proveyendo garantías, pero también eficiencia. Como aceptar que se discuta exclusión de prueba prohibida o vulneración de la imputación necesaria, que se protegen a través de la tutela de derechos, atipicidad o causa de justificación, garantizados por las excepciones de improcedencia de acción, pues la defensa es cautiva y los abogados deben conocer la ley, doctrina, jurisprudencia y el caso concreto, estando obligados a observar el derecho a la defensa en el procedimiento correspondiente.

Décimo noveno. Así controlará los tiempos, focalizará que las partes se refieran a un tema específico, haya la mayor contradicción porque la contraparte recordara íntegramente lo que se acaba de argumentar y podrá refutarlo y el Juez hacer las preguntas aclaratorias que estime.

Vigésimo. Una vez agotada la discusión del primer requisito, habiendo el Juez logrado la información que requiere, dará la palabra al Fiscal para continuar con la prognosis de pena a imponer, bajo los mismos términos.

Vigésimo primero. Luego, sobre el peligro procesal. El Fiscal indicará específicamente, individualizando cuál es el alegado, pues los artículos doscientos sesenta y nueve y doscientos setenta del Código Procesal Penal establecen una serie, después la réplica del defensor del imputado y el Juez estará en condiciones de establecer su magnitud.

Vigésimo segundo. Finalmente, se fundamentará la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, la magnitud del riesgo procesal acreditado, así como su duración. El Fiscal debe motivar en su requerimiento escrito, conforme al artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal y en las alegaciones orales, demostrando por qué es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. La defensa podrá cuestionarlo.

Vigésimo tercero. i) La motivación es de la máxima importancia al requerirse una afectación grave en derechos fundamentales, está prevista en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, el inciso tres del artículo doscientos setenta y uno del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal y la Resolución número ciento veinte-dos mil catorce, de mayo de dos mil catorce, expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura como precedente vinculatorio, en la ratificación del Fiscal Villasís Rojas, establecen que debe examinarse para su corrección: a) Comprensión del problema y lenguaje claro y accesible. b) Reglas de la lógica y argumentación, c) Congruencia. d) Fundamentación jurídica, doctrinaria y jurisprudencial. ii) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamoja Hilares, indicó que resulta indispensable una especial justificación para decisiones jurisdiccionales que afectan derechos fundamentales como la libertad, en la que debe ser más estricta, pues solo así es posible evaluar si el Juez Penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la medida (sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y recientemente en el número mil ciento treinta y tres-dos mil catorce-PHC/TC), lo que debe cumplirse en todos los actos antes señalados. iii) En el estudio Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, que recoge estudios coordinados por *Due Process of Law Foundation*, se señala como una recomendación hecho en el marco del estudio comparativo, que el uso arbitrario o inmotivado de la prisión preventiva debe ser perseguido y sancionado mediante procesos disciplinarios y, en su caso, procesos penales[1].

---

[1] RASARA, Luis. "La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial: Análisis comparativo". En: Due Process of Law Foundation. Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. Due Process of Law Foundation, Washington, D.C., 2013, p. 27. Disponible en: <http://www.dplf.org/es/resources/independencia-judicial-insuficiente-prision-preventiva-deformada-los-casos-de-argentina>

Vigésimo cuarto. En conclusión, el debate se dividirá necesariamente en cinco partes, la existencia: i) De los fundados y graves elementos de convicción. ii) De una prognosis de pena mayor a cuatro años. iii) De peligro procesal. iv) La proporcionalidad de la medida. v) La duración de la medida. El representante del Ministerio Público debe comprenderlos en su requerimiento escrito, fundamentando cada extremo con exhaustividad[2]. Esto posibilitará que la defensa lo examine antes de la audiencia, se prepare y pueda pronunciarse sobre estos y que el Juez analice y resuelva cada uno, dividiéndose el debate en cada una de los cinco puntos indicados, ejerciéndose contradicción uno a uno, agotado uno se pasará al otro.

5. Sobre los fundados y graves elementos de convicción

Vigésimo quinto. Es el primer requisito que exige la prisión preventiva en el inciso uno del artículo doscientos sesenta y ocho del Código Procesal Penal. No se prevé expresamente en la Convención de Derechos Humanos ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero sí en la prohibición de detenciones arbitrarias, que se regulan en ambos cuerpos normativos[3]. Ha sido reconocido en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, Vs. Ecuador, Pacheco Teruel y otros vs. Honduras y J vs. Perú. Siendo su finalidad evitar los peligros de fuga y obstaculización probatoria, para poder adoptarla es necesario que exista un grado de confirmación sobre la realidad del delito y la vinculación del imputado.

Vigésimo sexto. Debe acreditarse mediante datos objetivos obtenidos preliminarmente vía propiamente de investigación que cada uno de los aspectos de la imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Es el llamado *fumus delicti comissi*, o sea la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado.

Vigésimo séptimo. Para la adopción de la prisión preventiva no se exige que se tenga certeza sobre la imputación, solo que exista un alto grado de probabilidad[4] de la ocurrencia de los hechos, mayor al que se obtendría al formalizar la investigación preparatoria[5], valiéndose de toda la información oralizada y acopiada hasta ese momento (primeros recaudos).

Vigésimo octavo. Sobre los actos de investigación se debe realizar un análisis de suficiencia similar al que se hace en la etapa intermedia del nuevo proceso penal[6], se deben evaluar individualmente y en su conjunto, entrañando su fiabilidad y aporte, a efectos de concluir si es que la probabilidad sobre el hecho es positiva. En caso que el Fiscal se base en prueba indiciaria, deben cumplirse los criterios contenidos en la Ejecutoria Vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce-dos mil nueve-Piura, de seis de septiembre de dos mil cinco[7].

Vigésimo noveno. Es necesario que el Fiscal sustente claramente su aspecto fáctico y su acreditación. Así la defensa del imputado podrá allanarse o refutarlo, actuando positivamente por la irresponsabilidad, causa de justificación, inculpabilidad, error, etc., debiendo el Juez valorarlos y pronunciarse por ambas, y si esta último esta sólidamente fundamentada, hará decaer el *fumus delicti comissi*[8].

6. Sobre la prognosis de pena

Trigésimo. Como es doctrina consolidada la prognosis de pena implica un análisis sobre la posible pena a imponer. Es claro que no solo tiene que ver con la pena legal fijada, sino con una valoración transversalmente con el principio de lesividad y proporcionalidad, previstos en los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal y/o de las diversas circunstancias, causas de disminución o agravación de la punición, formas de derecho penal premial que podrían influir sobre la determinación de la pena final, que no necesariamente va a ser la máxima fijada por ley.

Trigésimo primero. El artículo cuarenta y cinco-A del Código Procesal Penal, adicionado por la Ley número treinta mil setenta y seis, establece que la pena se aplica por tercios, inferior, intermedio y superior, será sobre la base de tres factores: a) Circunstancias generales atenuantes y agravantes establecidos en el artículo cuarenta y seis, incisos uno y dos, incorporado por la Ley citada. b) Causales de disminución o agravación de la punición, siendo las primeras el error de prohibición vencible (artículo catorce del Código Penal), error de prohibición culturalmente condicionada vencible (artículo quince del Código Penal), tentativa (artículo dieciséis del Código Penal), responsabilidad restringida de eximentes imperfecta de responsabilidad penal (artículo veintiuno del Código Penal), responsabilidad restringida por la edad (artículo veintidós del Código Penal), complicidad secundaria (artículo veinticinco del Código Penal), y los segundos agravante por condición del sujeto activo (artículo cuarenta y seis-A del Código Penal), reincidencia (artículo cuarenta y seis-B del Código Penal), habitualidad (artículo cuarenta y seis-C del Código Penal)[9], uso de imputables para cometer delitos (artículo cuarenta y seis-D del Código Penal), concurso ideal de delitos (artículo cuarenta y ocho del Código Penal), delito masa (artículo cuarenta y nueve del Código Penal), concurso real de delitos (artículo cincuenta del Código Penal), concurso real retrospectivo (artículo cincuenta y uno del Código Penal). Asimismo, se debe tener en cuenta la regla establecida en el artículo cuarenta y cinco del Código Penal y las fórmulas de derecho premial, como confesión, terminación anticipada del proceso, conformidad del acusado con la acusación y colaboración eficaz. Este listado no es taxativo, por lo que el Juez puede fundarse en otra circunstancia que modifique la pena, siempre que lo justifique en la resolución.

Trigésimo segundo. Será desproporcional dictar una medida de prisión preventiva a quien sería sancionado con una

---

1 Conforme al artículo 122 del Código Procesal Penal, que establece que se deben fundamentar las disposiciones y requerimientos y el artículo cuatro de la Directiva número dos-dos mil trece-MP-FN (Actuación Fiscal en la prisión preventiva conforme al Código Procesal Penal del dos mil cuatro, puesto en vigencia mediante ley número 30076), que indica que el requerimiento de prisión preventiva constará en un documento aparte debidamente fundamentado.

2 En ese sentido, la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido en el informe 2/97, que la presunción de culpabilidad de una persona no solo es un elemento importante, sino una condición sine qua non para continuar la medida restrictiva de libertad. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. La prisión preventiva. Límites constitucionales. Tercera edición. Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, pp.155 y 156.

3 La probabilidad significa un acercamiento plausible al éxito de la acción emprendida, esto es, el juicio del sujeto cognoscente quien estima hallarse acercado al resultado buscado: el conocimiento de la verdad, aunque reconoce no haberlo alcanzado totalmente; en otras palabras, no está convencido de estar en posesión de la verdad, pero cree que ya ha aproximado bastante a ella. La probabilidad, conforme a su grado es positiva o negativa, según que los elementos de prueba que confirman la hipótesis superen a aquellos que la rechazan, aunque sin descartar absolutamente la solución contraria y viceversa. Intuitivamente, certeza o certidumbre se diferencia cualitativamente de probabilidad, pero la diferencia no es tan notable si exigimos una gran probabilidad. MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal. Fundamentos. Tomo I. Segunda edición. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 843-847.

4 CRF GUARDIA, Asencio. Manual de Derecho Procesal Penal. Las medidas de coerción en el proceso penal. Tomo II. Editorial Reforma, Lima, 2014, p. 145.

5 Como señala Asencio Mellado, el fumus boni iuris hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado (...) No basta, pues, en que la dificultad de concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas, se exigen, pues, elementos de convicción, pruebas directas o indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas porque, en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero sí, en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos suficientes. ASENCIO MELLADO, José María. "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". En: Cubas Villanueva, Víctor Doig Díaz, Yolanda y Quispe Farfán, Fany Soledad (coordinadores). El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales. Palestra, Lima, 2005, p. 513.

6 La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el citado Recurso de Nulidad, ámbito Ejecutoria Vinculante respecto a la prueba indiciaria señalando que los elementos de esta son los referidos al indicio y la inferencia lógica, debiendo cumplirse las siguientes reglas: i) Ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la Ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno. ii) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa. iii) Deben ser concomitantes al hecho que se trata de probar. iv) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.

7 DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Ara, Lima, 2008, p. 47.

8 Estos últimos (reincidencia y habitualidad), solo pueden valorarse para este elemento, pues en otro supondría un principio de pena o responsabilidad de autor.

pena privativa de libertad suspendida, estableciendo el artículo cincuenta y siete del Código Penal que podría ser cuando la pena sea menor de cuatro años y no haya proclividad a la comisión de delitos.

7. Sobre el peligro procesal: de fuga

Trigésimo tercero. El peligro procesal es el elemento más importante de esta medida y la razón por la que se dicta, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes números mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC y dos mil doscientos sesenta y ocho-dos mil dos-HC/TC. Se divide en dos: i) Peligro de fuga, ii) Peligro de obstaculización probatoria.

Trigésimo cuarto. El aspecto que es de conocimiento de este Supremo Tribunal es el de peligro de fuga, reconocido por el inciso cinco del artículo siete de la Convención Americana de Derechos Humanos y el inciso tres del artículo nueve del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que autorizan la medida de prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias. En esa línea se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, vs. Ecuador, Barreto Leiva vs. Venezuela y J vs. Perú (donde se señaló que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación en cada asunto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto). En el mismo sentido, se tiene el informe número dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias Letellier vs. Francia, Stögmuller vs. Austria e Imre vs. Hungría.

Trigésimo quinto. El Código Procesal Penal, Decreto Legislativo novecientos cincuenta y siete, a efectos de reconocer la existencia de este peligro en su artículo doscientos sesenta y nueve establece una serie de criterios (no taxativos) que debe evaluar el Juez de la investigación Preparatoria para determinar que existe la probabilidad que el imputado se sustraiga del proceso: i) El arraigo, ii) La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento, iii) La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo, iv) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal, v) La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

7.1. Arraigo

Trigésimo sexto. El primer inciso del referido artículo, establece una serie de situaciones de las que se debe extraer la presencia o no de arraigo. Este elemento exige establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas[10]. El Código Procesal Penal señala que el arraigo en el país del imputado está determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

Trigésimo séptimo. Toda vez que los criterios para establecer peligro procesal no son taxativos, tampoco los del arraigo. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número mil noventa y uno-dos mil dos-HC/TC[11], señaló que la posesión de bienes generaba arraigo[12], de ahí que el Juez pueda considerar otro elemento para considerarlo, siempre que lo justifique en su resolución.

Trigésimo octavo. Como señala Del Río Labarthe[13] estas especies de arraigo (familiar, laboral, posesión y titularidad de bienes) son criterios que antes que justificar la prisión preventiva, en realidad desincentivan la fuga del imputado; sin embargo, su ausencia también permite valorar, con otros factores, el riesgo de fuga.

Trigésimo noveno. Esto ha sido recogido en la Resolución Administrativa número trescientos veinticinco-dos mil once-P-PJ, de trece de septiembre de dos mil once, elaborado sobre la base de la Constitución Política del Estado, Código Procesal Penal, jurisprudencia internacional y nacional, doctrina, etc. entonces, no existe ninguna razón jurídica para entender que la presencia del algún tipo de arraigo (criterio no taxativo) descarta, a priori, la utilización de la prisión preventiva.

Cuadragésimo. Tampoco la sola situación de inexistencia de arraigo genera que deba imponerse necesariamente la prisión preventiva (ejemplo, ser extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva), sobre todo cuando existen otras que pudieran cumplir estos fines. Por lo que este requisito, debe valorarse en conjunto con otros, para establecer si es que en un caso concreto existe o no peligro de fuga.

7.2. Gravedad de la pena

Cuadragésimo primero. A diferencia del analizado en los considerandos trigésimo al trigésimo segundo, no es un elemento de proporcionalidad, sino un dato objetivo que se basa en una máxima de la experiencia, como es que ante un peligro de aplicación de grave pena, el imputado puede temer condena en ese sentido y fugar.

Cuadragésimo segundo. La sola presunción de fuga, no puede sustentar un pedido de prisión preventiva. El informe dos/noventa y siete de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indicó que no basta la seriedad de la pena a imponerse, pues la posibilidad que el procesado eluda la acción de la justicia debe ser analizada considerando varios elementos, incluyendo los valores morales (comportamiento en este, en otro proceso, antecedentes, etc.) demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. Del mismo criterio es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos López Álvarez vs. Honduras, Bayarri vs. Argentina y J vs. Perú; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Neumeister vs. Austria, pues de otra forma la adopción de esta medida cautelar privativa de libertad se convertiría en un sustituto de la pena de prisión.

Cuadragésimo tercero. Entonces, de la gravedad de la pena sólo se obtiene un dato sobre el peligro de fuga, el cual debe ser valorado en conjunto con otros requisitos que también lo sustenten, así como ocurre con el arraigo.

Cuadragésimo cuarto. En el caso de autos la resolución de primera instancia fundamenta el peligro de obstaculización probatoria y fuga con este solo dato.

7.3. La magnitud del daño causado

Cuadragésimo quinto. Antes de la modificación operada por la ley número treinta mil setenta y seis, el criterio que regulaba el inciso tres del artículo doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Penal era: La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él. Aspecto criticado, pues se incorporaba aspectos de responsabilidad civil a medidas de carácter personal, a tal punto que el criterio que el imputado no adopte una actividad voluntaria de reparar un daño –respecto del cual no ha sido declarado responsable–, no podría considerarse como una muestra de riesgo de fuga[14].

Cuadragésimo sexto. La ley citada modifica este criterio, ahora lo que se debe valorar es: La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo. El contenido de la primera parte de este criterio sigue siendo confuso, pues se podría entender como una referencia a la forma de realización del ilícito penal, a la especial violencia o gravedad con que se ha cometido, lo que directamente supondría un criterio que quiere evitar el riesgo de una posible reiteración delictiva[15], lo que es inaceptable en una medida

---

[10] GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. La prisión provisional. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, p. 151.

[11] STC EXP. N.° 1091-2002-HC/TC, caso Silva Checa, del 12.08.02.

[12] La STC EXP. N° 5490-2007-HC/TC, caso Rodríguez Domínguez, de 27.11.07 expresó que el Juez emplazado no tuvo en consideración distintos elementos significativos para determinar el grado de coerción personal que debió imponérsele al recurrente, como fueron sus valores como hombre de Derecho, su producción intelectual, su ocupación profesional en el campo legal, su manifiesto arraigo familiar y otros que, razonablemente, le hubiesen permitido al demandado descartar la más mínima intención del actor de ocultarse o salir del país.

[13] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: HURTADO POZO, José (Director). Anuario de Derecho Penal. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2008, p. 112.

[14] DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Ob. cit., p. 58.

[15] ASENCIO MELLADO, José María. La prisión provisional. Tesis presentada a la Universitat d'Alacant, para optar el grado académico de Doctor. Alicante, 1986, pp. 111 y 112. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3483.

cautelar, que no se orienta en fines preventivos propios de la pena, sino en el peligro procesal. Esto se agravaría si se considerara que a lo que hace referencia es a la reacción que el delito produce en la sociedad, la repulsa ante la comisión de ciertos hechos, pues en este caso la prisión preventiva constituiría una sanción que satisface a la sociedad, a la par de una medida de seguridad de carácter preventivo[12].

Cuadragésimo séptimo. Tampoco se puede entender como una referencia a la reparación civil, pues la importancia del daño civil, está ligada a la pretensión civil, y su riesgo (*periculum in mora*) tiene diversos medios de protección de esa naturaleza (embargo, incautación, desalojo preventivo, etc.), que no tiene que ver con el peligro procesal de esta medida cautelar personal.

Cuadragésimo octavo. En consecuencia, la única forma de interpretación no lesiva a derechos del imputado es la que hace referencia a la gravedad del delito, vinculado a las circunstancias que agravarían la pena a imponer.

Cuadragésimo noveno. La propia redacción de la segunda parte de este criterio "ausencia de una actitud voluntaria del imputado para reparar el daño", implica que no estamos ante circunstancias del hecho, sino ante un criterio de reparación civil inaceptable.

Quincuagésimo. La reparación del agraviado poco tiene que ver con el peligro procesal, sin embargo, atendiendo a una correcta interpretación, la actitud del imputado luego de cometido el delito, ayudará a acreditar su buena conducta en el proceso penal.

7.4. Comportamiento procesal

Quincuagésimo primero. Este es uno de los más importantes, pues permite hacer una efectiva prognosis de la probabilidad de fuga del imputado sobre la base de la real conducta que ha manifestado a lo largo de la investigación u otras etapas que están ligadas a la huida o interio de fuga, como son la asistencia a diligencias, el cumplimiento de reglas establecidas por una medida cautelar alternativa, la voluntad dilatoria del imputado, declaraciones de contumacia, falta de pago de la caución (cuando esta válidamente constituida), etc.[13]

Quincuagésimo segundo. También se deben analizar las conductas que fuera del tipo penal ocurren con inmediatez al hecho, por ejemplo, la persona que luego de cometer el delito, consciente de ello fuga del lugar de los hechos.

Quincuagésimo tercero. No son admisibles como criterios para determinarlo, la actitud legítima adoptada por el procesado en ejercicio de algún derecho que el ordenamiento le ha reconocido[14], así, el hecho de no confesar el delito atribuido no puede ser considerado como un mal comportamiento procesal.

Quincuagésimo cuarto. La segunda parte de este criterio (en otro procedimiento anterior), debe ser analizado con mayor rigurosidad, pues se hace la prognosis sobre un comportamiento anterior y lejano, que debe ser evaluado de conformidad con otros presupuestos del peligro de fuga. Asimismo, el hecho que en un anterior proceso se le impuso una prisión preventiva (o mandato de detención), no autoriza al Juez a imponer, por su solo mérito, una en el actual proceso.

Quincuagésimo quinto. En el caso de autos, se advierte como hecho imputado por el Fiscal que el investigado, luego de cometer el delito, procedió a lavar completamente el cadáver, para luego vestirlo y una vez colocado el cuerpo en posición de cúbito dorsal, se puso al lado izquierdo y premunido de un instrumento punzocortante procedió a inferirle las heridas punzopenetrantes que presenta el cadáver en el tórax y abdomen. Finalmente, abandonó el cadáver en el fundo de propiedad de Lidia Colque Caitaya –extensión agrícola– ubicado en la avenida Panajata s/n del sector El Rayo del Centro Poblado Los Angeles, del caserío de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua (a doscientos metros del Puente El Rayo). Antes procedió a deslizar el pantalón y ropa interior de la agraviada hasta la altura del muslo, como se ve de la silueta de dedos de mano del agresor en el cuerpo de la agraviada, con el objeto de simular una supuesta violación.

Quincuagésimo sexto. Los que constituyen serios elementos de peligro de obstaculización probatoria, que debe valorarse en conjunto, con los demás requisitos debiendo quedar claro que no constituyen actos de peligro de fuga.

7.5. La pertenencia a una organización criminal

Quincuagésimo séptimo. Como señala la circular Resolución Administrativa número trescientos veintiocho-dos mil once-P-PJ, la pertenencia o integración de un imputado a una organización delictiva[15] o banda es un criterio clave en la experiencia criminológica para atender a la existencia de un serio peligro procesal, tanto en el ámbito de la fuga como en el de la obstaculización probatoria. Las estructuras organizadas (independientemente del nivel de organización) tienden a generar estrategias y métodos para favorecer la fuga de sus pares y para contribuir en la obstaculización probatoria (amenaza, "compra", muerte de testigos, etcétera), de ahí que en ciertos casos solo baste la gravedad de la pena y este criterio para imponer esta medida.

Quincuagésimo octavo. Para fundamentar este extremo no basta con indicar que existe una organización criminal, sino sus componentes (organización, permanencia, pluralidad de imputados e intención criminal), así como la vinculación del procesado. Asimismo, motivar qué peligro procesal se configuraría al pertenecer a esta organización.

8. Análisis del caso concreto

8.1. Sobre la vulneración de garantías constitucionales de carácter procesal

Quincuagésimo noveno. El Fiscal recurrente señala que la Sala de Apelaciones fundamentó su decisión en hechos no alegados por el impugnante y en argumentos no cuestionados fáctica ni expresamente por este, pues la defensa no expresó en qué documentos se acreditaría el arraigo, sin embargo, suplió la actividad de la defensa y obtuvo esta información del expediente judicial.

Sexagésimo. La defensa no señaló las fojas en su recurso de apelación y la grabación en audio de la audiencia, pero sí fue un agravio que sustentó por escrito y oralmente, por lo que, correspondía al Juez verificar su existencia y darles el valor correspondiente. El hecho que el Juez debe tomar una decisión adecuada fáctica y jurídicamente, sobre la base de lo actuado y contradicho en la audiencia no colisiona con la comprobación de su autenticidad; que vulnere su imparcialidad o el principio de contradicción, toda vez que esta información ha sido discutida en la audiencia y no fue incorporada unilateralmente por el Juez y era de conocimiento del Fiscal desde que se corrió traslado del recurso de apelación.

---

[12] Criticando la STC 0791-2002-PHC/TC, vide: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Ob. cit., p. 115. También: ASENCIO MELLADO, José María. La prisión provisional. Ob. cit., p. 113.

[13] Vide: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Ob. cit., pp. 59 y 60; y, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Exégesis del nuevo Código Procesal Penal. Rhodas, Lima, p. 716, citado por PEREZ LÓPEZ, Jorge. "El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva". En: Urquizo Videla, Gustavo y Peña Sueonabar, Jony (coordinadores). Estudios sobre medidas limitativas de derechos y medidas cautelares en el proceso penal. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 368 y 369. El Tribunal Constitucional en la STC recaída en el EXP. N.° 03973-2010-PHC/TC señaló que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización), pues el recurrente no ha concurrido a la audiencia de prisión preventiva programada con fecha 7 de mayo del 2010 a horas 08:30 am, pretendiendo frustrar dicha diligencia injustificable con la presentación por mesa de partes de un certificado médico particular suscrito por un Cirujano Dentista (especialista en enfermedades femeninas) mediante escrito firmado por su abogado defensor, el mismo día de la diligencia a horas 08:45 am, dejando constancia la Sala que dicho escrito ha sido firmado por el recurrente quien habría tenido tiempo para acudir tanto donde su abogado así como al consultorio médico, siendo descartada su supuesta enfermedad (infección urinaria) por el médico legista, todo ello sumado a que el recurrente no asistió a las diligencias como son la visualización de video y tampoco ha pagado la caución impuesta en primera instancia, así como ha pretendido desalojar la sede de citación de audiencia, lo que evidencia un claro propósito de entorpecer el curso normal del proceso, constituyendo ello un claro peligro procesal.

[14] DEL GUARDIA, Arsenio. Ob. cit., p. 59.

[15] PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Criminalidad organizada. Idemsa, Lima, 2006, p. 44.

MINISTERIO PÚBLICO
Tercera Fiscalía Superior Penal
Distrito Fiscal Huánuco

(9)

RECURSO DE QUEJA

CASO	**: 2006014501-2014-883-0**
INVESTIGADA	**: ISABEL SOFIA GASPAR DAMASO**
DELITO	**: USURPACIÓN.**
AGRAVIADO	**: JERSON GASPAR DAMASO.**
PROCEDE	**:PRIMERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA – SEGUNDO DESPACHO - DISTRITO FISCAL DE HUÁNUCO.**
MATERIA	**: QUEJA DE DERECHO**

DISPOSICIÓN Nº 82 - 2015-M.P-3ª F.S.P.- HCO
Huánuco, diecisiete de marzo
Del dos mil quince.

Dora Olivia Chávez Matos
Fiscal Superior (T)
Tercera Fiscalía Superior Penal - Huánuco

I.- VISTOS:

El Escrito de queja de derecho interpuesto por Hernán Gorin Cajusol Chepe, Abogado defensor de Jerson Danilo Gaspar Dámaso, contra de la Disposición Fiscal N° 05-2015-1FPPC/H, de fecha 16 de febrero del 2015, suscrita por el Fiscal Provincial Alberto Fernando Arenas Neyra, de la Primera Fiscalia Provincial Penal Corporativa de Huánuco, que obra en folios 60/63, que dispuso: *"**PRIMERO.- DECLARAR NO HA LUGAR FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN CONTRA DE ISABEL SOFÍA GASPAR DÁMASO,** en agravio de **JERSON DANILO GASPAR DÁMASO** por la presunta comisión del delito de **USURPACIÓN**, ilícito previsto y sancionado en el inciso 2 del artículo 202° del Código Penal. Ordenándose el archivo definitivo de los actuados. **Notificándose conforme a ley**".*

II.- CONSIDERANDO:

Objeto de elevación en queja de derecho.-

Con fecha 23 de febrero del 2015, Hernán Gorin Cajusol Chepe, Abogado defensor de Jerson Danilo Gaspar Dámaso interpuso queja de derecho contra la Disposición Nº 05, de fecha dieciséis de febrero del 2015, obrante en el folio 60/63, fundamentado sustancialmente que el Fiscal Provincial a cargo de la presente investigación no tomo en cuenta la denuncia interpuesta, las declaraciones prestadas, ni tampoco ha motivado en forma coherente y consistente las razones en que se basa para optar por el archivamiento de la presente causa.

Antecedentes:

De la Carpeta Fiscal Principal remitida se aprecia que con fecha 8 de agosto del 2014, el ciudadano Jerson Danilo Gaspar, formulo denuncia de parte contra Isabel Sofía Gaspar, refiriendo que es propietario del inmueble ubicado en la Urbanización los Portales Mz "C" lote 14 - Distrito de Amarilis-Huánuco, inmueble que consta de tres pisos, pues por tener que trasladarse a vivir en la ciudad de Lima por razones de trabajo y estudios de especialización ,

dejo encargado dicho bien inmueble para su vigilancia y cuidado a su hermana hoy denunciada Isabel Sofía Gaspar Dámaso, dada la confianza por el parentesco de hermanos; sin embargo el día 07 de agosto del 2014, el denunciante llego a su inmueble, dándose con la sorpresa que su hermana y hoy denunciada se había posesionado del primer piso aduciendo que el mismo le partencia; siendo así, la denunciada le despojo parcialmente del primer piso de su inmueble.

Deber de Objetividad en la motivación de la decisión Fiscal:

El Ministerio Púbico de acuerdo a lo señalado en el numeral "1" del artículo 61° del Código Procesal Penal "actúa en el Proceso Penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación", siendo así corresponde al fiscal ser objetivo al momento de otorgar mayor o menor valor a elementos de juicio que sustentan su decisión, los mismos que deberán ser expuestos en la motivación de su decisión con la razonabilidad y proporcionalidad que requiere cada caso concreto, en ese sentido el máximo intérprete de la Constitución ha establecido con respecto a la motivación de las decisiones que al resolver las causas describan o expresen las razones o justificaciones objetivas que los lleven a tomar una determinada decisión, que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que por sí misma justifique la decisión adoptada, aun cuando esta decisión sea breve o concisa, razones que por lo demás deben provenir "no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino, y sobre todo, de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite de la investigación o del proceso del que se deriva la resolución cuestionada"[1].

Edna Milena Cárdenas Morales
Fiscal Superior (T)
Tercera Fiscalía Superior Penal - Huánuco

Principio de Prescripción de la Arbitrariedad.

Conforme a reiterada doctrina Jurisprudencial del máximo intérprete de la Constitución se ha precisado que la actividad del Ministerio Publico en la Investigación Preliminar al formalizar la denuncia o al emitir acusación Fiscal se encuentra vinculada al principio de interdicción de la de la arbitrariedad y al debido proceso[2], siendo así la Disposición que no formaliza investigación preparatoria en sus dos variantes (de plano o producto de las diligencias preliminares) también se encuentra vinculado a dichos principios, por lo que corresponderá aplicar dicha facultad solo en los presupuestos expresamente señalados en el numeral "1" del Art. 334 del Código Procesal Penal, esto que es el hecho no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presenta causas de extinción prevista en la Ley.

Respecto al delito de Usurpación

La imputación atribuida a los investigados debe ser analizada bajo el contexto de la figura del **delito USURPACIÓN en su comportamiento delictivo de "ABUSO DE CONFIANZA,** para ello, resulta pertinente remitirnos al supuesto de hecho que prevé el **Artículo 202° inc. 2** del Código penal.

---

[1] Cita literal de parte pertinente del fundamento "5" de la sentencia de fecha 06 de agosto de 2014 recaída en el EXP N° 4437-2012-PA/TC.

[2] Cita la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 18 de enero del 2013 recaído en el Exp. N° 4709-2002-PHC/TC fundamento "5".

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

1. El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.

2. El que, con violencia, amenaza, engaño o ***abuso de confianza, despoja a otro****, total o* ***parcialmente, de la posesión*** *o tenencia* ***de un inmueble*** *o del ejercicio de un derecho real.*

3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.

4. El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.

La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes.

Estructura del delito de Usurpación.

El Bien jurídico protegido.- *"En el delito de usurpación el bien jurídico protegido es la posesión; definida por el artículo 896 del Código Civil como "el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad"; esto es, el usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien mueble".*

Sujeto activo.- *"Podrá ser cualquier persona, el tipo penal in comento no exige una cualidad específica para poder ser considerado como autor a efectos penales (…).*

Configuración.- *Para la configuración del delito de usurpación se requiere que el sujeto agraviado haya ejercido posesión del bien y que al momento del evento haya sido despojado por el agente infractor mediante el uso de la violencia, el engaño o* ***el abuso de confianza****;(…)"*

Tipo subjetivo del injusto.- *"Las modalidades del injusto de usurpación que glosan en la estructura normativa del art 202° solo resultgn reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor dirige de forma consiente su accionar delictivo (…),"*

Motivación del Pronunciamiento del Fiscal Objeto de Examen.

El Fiscal Provincial fundamento la Disposición N° 05-2015 de fecha, 16 de febrero del 2015, obrante a fojas 60/63, considerando que revisado los fundamentos facticos, *no se advierte que los hechos denunciados tengan relevancia o connotación penal no que configuren los elementos del tipo penal de usurpación en la modalidad de despojo, pues, no habría concurrido uno de los medios comisivos para su realización, esto es, que por parte de la investigada haya mediado el "abuso de confianza", para lograr el invocado despojo, pues, dicho medio comisivo requiere que entre el agente y el agraviado exista una relación (comercial, laboral u otra índole) y que el primero abusando de la confianza otorgada, despoja al agraviado de su posesión(…), circunstancia, que en el presente caso no ha concurrido, personas que si bien es cierto se conocen, debido a que son hermanos; sin embargo no existe una relación a través de la cual la investigada haya aprovechado la confianza brindada por el denunciante, por el contrario de los hechos materia de investigación se advierte que se derivan del cumplimiento de una relación obligacional, pues, el mismo denunciante en su declaración, refirió que la cesión de la posesión fue mediante acuerdo verbal y por el plazo de 06 meses, luego de lo cual, la investigada, se negó a la restitución de la posesión, lo cuál debe ser dilucidado en la vía extrapenal"....*

Fundamento de la Queja de Derecho

El recurrente en su queja de derecho, de folios 64/70, argumentó lo siguiente:*"(…) con respecto al supuesto de que en el presente caso no se advierte la concurrencia de uno de los medios comisivos para su realización, esto es, que por parte de la investigada haya mediado el abuso de confianza*

Silvia Milagros Chávez Molina
Fiscal Superior (T)
Tercera Fiscalía Superior Penal - Huánuco

para lograr el despojo, debo expresar que dicha conclusión es errada, toda vez que, y como ya se indicó parte de ella en los fundamentos anteriores, el abuso de confianza se encuentra presente en el hecho de que mi patrocinado JERSON DANILO GASPAR DAMASO al dejar la vigilancia y cuidado del inmueble de tres pisos, ubicado en la urbanización los Portales Mz. "C" –Lote 14 –Amarilis –Huánuco, lo efectuó mediante un PACTO VERBAL POR EL TERMINO DE 06 MESES, hecho que constituye la figura de " servidor de la posesión" mediante el cual confió en su hermana ISABEL SOFÍA GASPAR DÁMASO para que sea esta quien cuida su casa, acordando en el referido pacto que el cuidado sería por el termino de 06 meses, y que dado la confianza que había entre hermanos, la hoy investigada (…), abusando de ello, traiciono y despojo a mi defendido de su posesión, con lo que se puede apreciar que el presente hecho reúne todos los elementos comisivos para su configuración"

Criterio de la Fiscalia Superior:

El denunciante Jerson Danilo Gaspar Dámaso, en su denuncia sostuvo que es propietario del inmueble ubicado en la Urbanización los Portales Mz "C" lote 14- Distrito de Amarilis-Huánuco, inmueble que consta de tres pisos, pues por tenerse que **trasladarse a vivir en la ciudad de Lima por razones de trabajo y estudios de especialización** , dejo encargado dicho bien **para su vigilancia y cuidado a su hermana hoy denunciada Isabel Sofía Gaspar Dámaso**, dada la confianza por el parentesco de hermanos; sin embargo el día siete de agosto del año en curso, el denunciante llego a su inmueble de su propiedad, dándose con la sorpresa que su hermana hoy denunciada se había posesionado del primer piso aduciendo que el mismo le pertenecía, siendo así, la denunciada abusando de su confianza ha ingresado a vivir a dicho bien despojándolo de su posesión.

Aunado a ello, en su declaración el denunciante Jerson Danilo Gaspar Dámaso refiere lo siguiente: *"Que en enero del 2013 mi hermana denunciada, (…) me solicito verbalmente que le prestara el primer piso del bien inmueble materia de investigación, para que pueda ocupar mientras construye su casa en el Jr. Huallayco Cdra. 20, (…) la misma que lo requería solo por espacio de 06 meses; tratándose de mi hermana, no dude en aceptar y cederle la posesión del primer piso del citado bien (…) "* **Ver fs. 36/38** de la carpeta fiscal.

Estando a lo manifestado por el denunciante se concluye que el denunciante mediante acuerdo verbal cedió por un espacio de seis meses el primer piso de inmueble materia de controversia, recibiendo como contraprestación a dicho favor que la denunciada vigile y cuide su casa durante su ausencia del titular, sin embargo luego que regreso de este último, y al exigirle que desocupara dicho inmueble, la investigada se negó aduciendo que dicho bien le pertenece.

Luego de haber delimitado los hechos materia de imputación corresponde verificar, si dicha conducta se adecua al ilícito penal invocado, para ello es necesario tener presente lo sostenido por los juristas TOMAS ALADINO GALVEZ VILLEGAS Y WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR que a la letra dice:

> *"(…) La doctrina también considera como supuesto de* ***despojo por abuso de confianza, el cambio de título que permitía al agente ejercer la posesión, uso o disfrute del bien, invocando un título de distinta naturaleza para mantenerse en la posesión desplazando a quien debe ejercerla****, así por ejemplo* ***el servidor de la posesión que invoca***

Fiscal Superior (T)
Tercera Fiscalía Superior Penal - Huánuco

ser poseedor, desplazando a la persona a nombre de quien permanecía el inmueble. *Necesariamente para que estos hechos puedan configurar el tipo bajo análisis, quien ocupa el bien invocando un nuevo título debe desplazar en la posesión mediante despojo, a quien ocupa el bien, de modo no basta que invoque un título distinto del que fundamenta su ocupación, cuando este debe igualmente continuar en mérito al título inicial, ya que en este caso, no se realiza la actividad de despojo del ocupante anterior. Este supuesto puede presentarse,* ***también cuando el arrendatario cambiando su título de posesión inmediata, desconoce al propietario o arrendador como el titular del derecho de posesión sobre el inmueble***"[3].

Estando a todo lo antes expuesto, esta Fiscalia Superior considera que la hermana y hoy denunciada Isabel Gaspar Dámaso ingreso al inmueble, posesionándose del primer piso, en mérito al acuerdo que hubo entre ambos hermanos, es decir la investigada era consciente de que dicho bien no le pertenecía y por esa razón le solicito a su hermano dicho favor, este hecho efectivamente tal como sostiene la defensa técnica del quejoso en la vía civil se denomina **Servidor de la posesión** que se encuentra previsto en el artículo 897 de Código Civil que prevé lo siguiente: ***"No es poseedor quien, encontrándose en relación dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas.***

Ahora bien, la investigada desconociendo el titulo inicial que le permitía ejercer la posesión, esto es – **servidora de la posesión** – ***conservar la posesión en favor de su hermano-***, decide ya no ser más una servidora de la posesión, cambiando su titulo a la de **propietaria y posesionaria** del primer piso, cambiando las chapas de las puertas del primer piso, impidiendo así que su hermano y hoy denunciante Jerson Danilo Gaspar Dámaso ingrese a dicho ambiente, con lo cual se evidenciaria el despojo. Tal como se acredita del acta de inspección fiscal en donde se advierte lo siguiente ***"(...)el denunciante deja constancia que las chapas de las puertas del primer piso fueron cambiados y no tiene acceso a los ambientes(...)"***. **Ver fs. 39/44** de la carpeta fiscal.

Por tanto esta Fiscalia Superior concluye que en el presente caso se estaría ante una presunta Usurpación por abuso de confianza y no como sostiene el Fiscal Provincial al fundamentar su archivo, pues la investigada Isabel Gaspar Dámaso, ABUSANDO DE LA CONFIANZA depositada por su hermano cambia su título de servidora de la posesión a posesionario y propietaria desconociendo a su hermano como tal y realizando actos sin su autorización, pese a que el titulo inicial que le permitía acceder al primer piso, fue otro.

Por otro lado es necesario precisar, que si la investigada se hubiera mantenido con el título inicial que le permitió el ingreso al primer piso de dicho inmueble – servidora de la posesión-, es decir, sin ***desplazar a la persona a nombre de quien permanecía en el inmueble (el hermano), y sin desconocer su condición de propietario y posesionario, por más que pese a que el acuerdo verbal de 06 meses ya hubiera vencido y hasta la fecha siguiera viviendo en el primer piso no sería pasible de una sanción penal, pues ahí no nos encontraríamos ante un supuesto de usurpación por abuso de confianza. Pues no habría el cambio de título, pues para dicho hecho la vía civil es la indicada, a través de un desalojo.***

Fiscal Superior (T)
Tercera Fiscalía Superior Penal - Huánuco

[3] Tomas Aladino Gálvez Villegas y Walther Javier Delgado Tovar, "Derecho Penal – Parte Especial" Tomo II, Jurista Editores, Primera Edición – Setiembre 2011, pág. 1159/1160. Material de trabajo utilizado en el **Pleno Jurisdiccional Nacional Penal.**

De los fundamentos contenidos en el párrafo precedente, se advierte que los argumentos que justificaron el archivamiento de la denuncia carecen de razonabilidad, al encontrarse amparado en una inadecuada aplicación de la Norma Procesal respecto al, archivamiento liminar y los fines de las diligencias preliminares, la misma que adolece de nulidad insubsanable. En ese sentido, determinando la necesidad de **formalizar investigación preparatoria;** en el marco de la independencia en el ejercicio de sus atribuciones de los Fiscales, de conformidad a lo consagrado en el Art. 5° del decreto Legislativo N°052, se orienta al Fiscal Provincial que dentro de un plazo metodológico de investigación autónomo realiza los siguientes actos:

1.- Se recabe la declaración de la denunciada, con la finalidad que que formule sus descargos en relación a los hechos atribuidos por el denunciante, notificando con las formalidades de ley.

2.- Se recabe la declaración de Eddy Susana Gaspar Damaso quien es hermano del denunciante, a fin de que menciona si tiene conocimiento si su hermano le cedió su inmueble a la denunciada por la confianza de parentesco entre ambos.

3.- Se recabe las declaraciones testimoniales de Ana Inés Barbaran Ríos y Susan Lizeth Mondragon a fin de que precisen si el agraviado estuvo en posesión del inmueble antes de su viaje a Lima, materia de denuncia.

3.- Y otras que el representante del Ministerio Publico estime pertinente y conducentes para los fines del proceso.

Fiscal Superior (T)
Tercera Fiscalía Superior Penal - Huánuco

III.- PRONUNCIAMIENTO:

En tal virtud, la suscrita Fiscal Superior Penal, conforme a las atribuciones conferidas por el Art.334° numeral "6" del Código Procesal Penal, el Art. 5° y 12° de la Ley Orgánica del Ministerio Publico y la Resolución de Fiscalia de la Nación N°1201-2012 –M-FN. **DISPONE:**

PRIMERO.- FUNDADA, la queja interpuesto por HERNAN GORI CAJUSOL CHEPE, Abogado defensor de JERSON DANILO GASPAR DAMASO, contra la Disposición N° 05-2015, de fecha 16 de FEBRERO del 2015, obrante a fojas 60/63, suscrita por el Fiscal Provincial Alberto Fernando Arenas Neyra, de la Primera Fiscalia Provincial Penal Corporativa de Huánuco, que declaro ***NO HA LUGAR FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN CONTRA DE ISABEL SOFÍA GASPAR DÁMASO,*** *en agravio de* ***JERSON DANILO GASPAR DÁMASO*** *por la presunta comisión del delito de* ***USURPACIÓN****, ilicito previsto y sancionado en el inciso 2 del articulo 202° del Código Penal. Ordenándose el archivo definitivo de los actuados.* ***Notificándose conforme a ley****".*

SEGUNDO.- Declarar NULA, la Disposición N° 05-2015, de fecha 16 de FEBRERO del 2015, obrante a fojas 60/63, suscrito por el Fiscal Provincial Alberto Fernando Arenas Neyra de la Primera Fiscalia Provincial Penal Corporativa de Huánuco, que declaro ***NO HA LUGAR FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN CONTRA DE ISABEL SOFÍA GASPAR DÁMASO,*** *en agravio de* ***JERSON DANILO GASPAR DÁMASO*** *por la presunta comisión del delito de* ***USURPACIÓN****, ilicito previsto y sancionado en el inciso 2 del articulo 202° del Código Penal. Ordenándose el archivo definitivo de los actuados.* ***Notificándose***

conforme a ley"; **instruyéndose** al Fiscal Provincial que FORMALICE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, y realice las diligencias pertinentes a los fines del proceso.

TERCERO.- PROCEDASE, a notificar la presente y posterior devolución de los actuados al despacho de origen.

AMCHM/bge.

Ana María Chávez Maio
Fiscal Superior (T)
Tercera Fiscalía Superior Penal - Huánuco

(10)

PODER JUDICIAL DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO
SALA DE APELACIONES

EXPEDIENTE : 01744-2014-59-1201-JR-PE-01
ESPECIALISTA : LILIANA MALPARTIDA VALDERRAMA
IMPUTADO : LAZARTE BARDALES, ROBERTO CARLOS
DELITO : VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD (ENTRE 10 Y 14 AÑOS)
AGRAVIADO : MENOR DE INICIALES, KAGR

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN N° 20
Huánuco, dieciocho de Junio
Del año dos mil quince.----]

VISTOS y OIDOS: La audiencia privada de apelación de sentencia condenatoria llevada a cabo por la Sala Penal de Apelaciones de Huánuco, integrada por los señores Jueces Superiores **Vilma Felicitas Flores León [Presidenta]**, quien interviene por impedimento del señor magistrado Gerónimo, **Ebert Raúl Quiroz Laguna** y **Raúl Torres Castañeda**, quien interviene por licencia del señor Juez Superior Ninaquispe Chávez.

I. DECISIÓN IMPUGNADA:

1.1. Es materia de pronunciamiento el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del acusado Roberto Carlos Lazarte Bardales, contra la sentencia contenida en la resolución N° 13, del 19 de febrero del 2015, mediante la cual el Juzgado Penal Colegiado Transitorio Supraprovincial, **FALLÓ por unanimidad, CONDENANDO** al acusado **ROBERTO CARLOS LAZARTE BARDALES** como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE CATORCE AÑOS** en agravio de la menor de iniciales K.A.G.R. de trece años de edad; y como tal le impusieron treinta años de pena privativa de libertad, asimismo **ORDENARON** el pago de dos mil nuevos soles que por concepto de reparación civil deberá pagar el condenado a favor de la parte agraviada.

1.2. La acotada resolución fue materia de impugnación por el abogado defensor del sentenciado, declarándose bien concedido el recurso a través de la resolución N° 14, del 17 de marzo del 2015, disponiendo su elevación a esta Sala Superior Penal, donde tras efectuarse el trámite respectivo conforme a la normatividad habilitante, con fecha 04 de los corrientes se desarrolló la audiencia de apelación de sentencia; resultando que, con los argumentos expuestos oralmente por el señor Representante del Ministerio Público -en adelante RMP- de la defensa técnica del sentenciado, la causa quedó expedita para resolver.

CONSIDERANDOS:

PRIMERO: SÍNTESIS DEL FACTUM.

1.1. Conforme se desprende de la sentencia materia de controversia, el componente fáctico se circunscribe concretamente en que, el día **22 de febrero del 2014**, a las 22:00 horas de la noche, el acusado aprovechando el vínculo de amistad y que era trabajador del papá de la menor agraviada, le llamó a su celular y le dijo que se apersonara a su habitación, acto al cual accedió la menor y estando ahí, afuera de su habitación le invitó una gaseosa, luego de la cual la menor se quedó dormida, abusando sexualmente de ella, introduciendo su miembro viril en la vagina, despertando al día siguiente a las 05 de

la mañana del 23 de febrero del 2014, y se ha demostrado a través de los certificados médicos legales respectivos, que presentó desfloración reciente y restos de espermatozoides.

1.2. Los hechos detallados fueron calificados como el delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD,** en agravio de la menor de iniciales K.A.G.R. de (13) años de edad; Ilícito previsto y penado en el Artículo 173° primer párrafo inciso 2 del Código Penal (modificado por el Art. 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto del 2013).

SEGUNDO: PREMISAS NORMATIVAS

2.1. El artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a la potestad exclusiva de administrar justicia que, emanando del pueblo, se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes. El artículo II.1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que precisa que toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

2.2. El artículo 173° primer párrafo numeral 2) del Código Penal, sanciona la conducta de aquel que, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, (...) **2.** Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

2.3. El artículo 419 del Nuevo Código Procesal Penal, precisa en el numeral uno, que la apelación atribuye a la Sala Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.

2.4. La sentencia es el medio ordinario de dar término a la pretensión punitiva, teniendo como consecuencia la cosa juzgada, todo ello con relación al delito que fue materia de la investigación y a la persona inculpada del mismo; en ese sentido, toda declaración de orden penal, debe realizarse respetando los mecanismos procesales que rigen el debido proceso, como garantía de la administración de justicia, por lo que la decisión judicial tomada, tiene que sustentarse en una adecuada evaluación de los medios probatorios actuados en conjunto, lo cual será determinante para pronunciar una resolución sobre el fondo que declare la responsabilidad o irresponsabilidad del imputado en los hechos que le son imputados, siendo obligación del Juzgador precisar con argumentos coherentes, consistentes y fundados, cuáles fueron aquellas pruebas que lo llevaron a determinar la inocencia o culpabilidad del instruido.

TERCERO: Resumen de los alegatos orales en la audiencia de apelación.

Alegatos de apertura de la defensa técnica.

3.1 La defensa técnica en sus alegatos de apertura indica que en esta instancia demostrará que la sentencia recurrida contiene vicios insubsanables que conllevan a su **NULIDAD** en dos extremos.

Alegatos de apertura del RMP

3.2 Por su parte del Fiscal Adjunto Superior peticiona que se confirme la sentencia apelada, al haber sido expedida conforme a las reglas mínimas de motivación y que responde a la objetividad de los actuados, consecuentemente la responsabilidad del imputado se encuentra debidamente justiciada

De la admisión y actuación de pruebas, del interrogatorio de la sentenciada y oralización de instrumentales:

3.3 En relación al ofrecimiento y actuación de pruebas en esta instancia, la Especialista Judicial de Audiencias dio cuenta que no se presentó prueba alguna; tampoco se practicó el interrogatorio del acusado; en cuanto a la oralización de instrumentos, la defensa técnica peticionó la oralización de los siguientes instrumentos: *i*.- acta de inició de juicio hasta la sesión del 12 de febrero del 2015, únicamente en cuanto a la conformación del Colegiado A quo; mientras que el RMP no requirió la oralización de ningún instrumento.

Alegatos de Cierre de la defensa técnica.

3.4 La defensa técnica indica que la sentencia contiene una motivación insuficiente y aparente respecto de la responsabilidad penal del imputado, por cuanto se ha consignado en ella un dato falso en el ITEM desarrollado como documentos, se indica que el acta de entrevista practicado a la menor agraviada de 13 años, lo cual en el desarrollo del juicio oral se ha visualizado dicha audiencia y no se ha oralizado, lo que dista de lo expresado en la sentencia; indica que no se actuó prueba alguna tendiente a establecer el estado de inconciencia en que la habría puesto el acusado para someterla sexualmente; esto es, aquel indició no ha sido probado.

3.5 De otro lado, indica que en el desarrollo del juicio se incurrió en vicio de nulidad, ya que el juicio oral empezó el 18 de diciembre del 2014, con los magistrados Bernardo Rojas, Gerónimo de la Cruz y Salazar Rojas, continuándose con la actuación probatoria el 30 de diciembre del 2014, con la presencia de estos tres, sin embargo el día 14 de enero del 2015, el magistrado Gerónimo de la Cruz, indicó que había sido nombrado como Juez Superior y que no iba a conformar el Colegiado; aquel día 14 fue el séptimo día; no obstante los señores magistrados Bernardo Rojas y Salazar Rojas, contraviniendo el artículo 369° del Código Procesal Penal, reprogramaron la audiencia para el día 20 de enero del 2015, para luego volver a reprogramarlo a través de un auto para el 23 de enero del 2015, para continuar el juicio luego con el magistrado Manzano Sandoval hasta su finalización. La actuación del señor Gerónimo de la Cruz no debió suplirse con la intervención del señor Manzano Sandoval, ya que este no intervino en la actividad probatoria, que no pudo suplirse con la actuación del magistrado Manzano Sandoval; por lo que solicita que se declare la nulidad de la impugnada.

Alegatos de Cierre del RMP.

3.6 El Fiscal Superior indica que está desnaturalizando el recurso de apelación, ya que en el primer escrito de apelación no se alude al cuestionamiento asociado a la nulidad, por lo que la Sala debe pronunciarse por la pretensión contenida en el escrito de apelación; máxime si el cuestionamiento denunciado como supuesto de nulidad no está reconocido en el CPP; lo que se pretende con este argumento es que la Sala no resuelva sobre el fondo de la controversia.

La defensa señala que la sentencia adolece de falta de motivación, empero la teoría del caso que postuló es que el acusado abusando de su condición de ser trabajador del padre de la menor agraviada de trece años, practicó el acto sexual con esta el día 23 de febrero del año 2014, con conocimiento que esta tenía menos de catorce años de edad; la defensa señala que existió las relaciones sexual producto de la relación de enamorados que tuvieron; en su recurso de apelación sostiene que el acta de entrevista única no guarda relación con el acta de visualización; sin embargo sostiene el fiscal que esa observación es impertinente, porque el mismo imputado mencionó que fueron enamorados, por lo que este argumento es impertinente. Señala también que no se acreditó que momentos antes del hecho el imputado se habría dado una gaseosa a la menor con una sustancia que le haya ocasionado al inconciencia de la misma, empero conforme se aprecia del expediente judicial, en ningún momento el RMP atribuyó que la agresión sexual se realizó en estado de inocencia de la víctima, por lo que este argumento también es impertinente.

Del mismo modo la defensa ha señalado que en la sentencia se han señalado hechos que no corresponden a la vedad; empero estos hechos no han modificado en sentido de la sentencia condenatoria. Si bien se ha consignado algunas líneas en la sentencia que no corresponde al proceso, empero ello no ha modificado el sentido del fallo condenatorio, por lo que la responsabilidad penal del imputado se encuentra suficientemente acreditado, por cuanto el RMP en el enjuiciamiento acreditó con dos testigos que el imputado tenía conocimiento de la edad que tenía la menor de 14 años, (Macedonio Guillermo Ríos y Rosa Isabel Morales Ramos), quienes son tíos de la menor agraviada, que el imputado almorzaba con ella, e incluso ha participado en los cumpleaños de la familia, por lo que el conocimiento del acusado sobre la edad de la víctima se encuentra acreditada, por lo que solicita que se confirma la sentencia recurrida.

CUARTO: Análisis de la sentencia impugnada.
Teniendo en cuenta que en el juicio de apelación no hubo actuación probatoria, es del caso examinar la decisión judicial venida en grado en consideración a la actuación probatoria producida en el juzgamiento oral, los cuestionamientos del apelante, la posición de la parte recurrida y la normatividad jurídica aplicable; bajo ese contexto se aprecia que

4.1. Según los hechos que soporta la tesis acusatoria, se le atribuye al sentenciado **ROBERTO CARLOS LAZARTE BARDALES** haber sometido sexualmente a la menor de iniciales K.A.G.R., a sabiendas que era menor de catorce años, hecho suscitado el día **23 de febrero del 2014**, a las 03:00 horas al interior del cuarto del acusado, ubicado en el Jr. San Martín de Porras N° 295 - Cayhuayna - Pillcomarca, para lo cual el día 22 de febrero del 2014 le llamó solicitándole que vaya a su cuarto a horas 23:00; y en circunstancias que se encontraban conversando en el interior de su cuarto, el acusado le invitó una gaseosa con la que le menor se quedó dormida, luego del cual el acusado la habría sometido sexualmente vía vaginal, retirándose del lugar luego de haberse despertado a eso de las 05:00 horas del día 23 de febrero del 2014.

4.2. Culminado el Juzgamiento oral, el Colegiado de instancia emitió pronunciamiento condenatorio, sustentando su decisión en la valoración de los medios de prueba actuados en el contradictorio, en **lo sustancial** con el mérito de la visualización del CD de la entrevista única de la menor agraviada en Cámara Gessel, desarrollado en la sesión de juicio del 06 de febrero del 2015, aunque el Colegiado A quo hizo referencia a la lectura del acta de entrevista única, extremo que se puntualizara in infra, donde de modo circunstanciado y con un lenguaje propio de su edad (13 años), narró las circunstancias del hecho criminoso, identificando plenamente al ahora sentenciado **Roberto Carlos Lazarte Bardales** como el sujetó que le invitó a su cuarto y que posteriormente tras invitarle un vaso con gaseosa quedarse completamente dormida, lo que habría sido aprovechado por éste para someterla sexualmente; versión corroborada con el resultado del examen médico legal al que fuera sometida la víctima, donde como conclusión medica se expresa: **SIGNOS DE DESFLORACIÓN HIMENEAL RECIENTE**, no presenta signos de actos/coito contra natura y presenta signos de lesiones traumáticas corporales extra genitales recientes; y que al extraerse muestras de secreción vaginal para examen de biología forense, a través del Dictamen Pericial No. 2014001000045, resultó positivo para el análisis espermatológico en secreción vaginal, observándose regular cantidad de cabezas de espermatozoide humano, instrumento que fuera ratificado durante el plenario por la Perito bióloga Julia del Carmen Zavaleta Inoquio; a ello se suma lo dicho por el acusado **Roberto Carlos Lazarte Bardales**, quien admitió haber sostenido relaciones sexuales con la víctima hasta en cuatro oportunidades, aunque justifica que hubo consentimiento de la menor, conforme se aprecia de la sesión de juicio oral del 30 de diciembre del 2014; versión esta que no descalifica su conducta teniendo en cuenta la minoría de edad de la víctima; en cuanto al conocimiento del acusado sobre la edad de la víctima, el Colegido A quo justificó acabadamente esta situación indicando que fue confirmado con el mérito de la declaración testimonial de Macedonio Teodoro Guillermo Ríos y Rosa Isabel Morales Ramos, quienes en el plenario dijeron conocer al acusado porque trabajaba en la carpintería de su hermano desde hace tres años exactamente; y que el imputado conocía de la edad de la víctima porque inclusive participaba de los eventos familiares

Abog. [illegible]

(cumpleaños) y que se reunían en la misma mesa para comer; versión a partir del cual se pudo establecer que el acusado conocía perfectamente la edad de la menor agraviada.

4.3. Teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto, este Colegiado considera que la esfera de la culpabilidad ha quedado plenamente acreditada, no solo con el mérito de la versión de la víctima, quien por cierto en ninguna parte de su relato señala haber consentido la relación sexual, en todo caso esta resulta irrelevante considerando que la menor a la fecha de ocurrido los hechos contaban con menos de catorce años de edad; en relación a este punto cabe precisar que en la Ejecutoria del 17 de diciembre de 2003, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema fundamentó que es *"irrelevante el consentimiento de la misma si fuere el caso, dada su minoría de edad, quien no tiene capacidad plena para disponer de su libertad sexual"*[1], sino también con el examen científico practicado a la menor, que da cuenta que esta presentaba **SIGNOS DE DESFLORACIÓN HIMENEAL RECIENTE**, examen que fuera practicada el mismo día del evento (23/02/2015), y que tras su examen y debate en el plenario no fue materia de cuestionamiento por la defensa, a ello se suma el Dictamen Pericial No. 2014001000045, que resultó positivo para el análisis espermatologico en secreción vaginal de la menor, observándose regular cantidad de cabezas de espermatozoide humano, instrumento ratificado durante el juicio oral; finalmente se contó con el relato del acusado **ROBERTO CARLOS LAZARTE BARDALES**, quien durante el juicio oral y a satisfacción del pleno no dudó en admitir haber sostenido relaciones sexuales con la menor, aunque justifica que desconocía la verdadera edad de esta; sin embargo esta última situación ha sido desvirtuada con lo sostenido por los testigos Macedonio Teodoro Guillermo Ríos y Rosa Isabel Morales Ramos, quienes conforme quedó señalado precedentemente, sostuvieron haber conocido al acusado por haberse desempeñado como trabajador en la carpintería del padre de la menor desde hace aproximadamente tres años, y que este participaba en las reuniones familiares (cumpleaños), consecuentemente sabía perfectamente de edad la víctima; máxime si éste cuando se le preguntó sobre la edad de la hermana menor de la víctima, no dudó en indicar que tenía diez años, situación que permite inferir que en efecto sabía perfectamente que la menor contaba con menos de catorce años, no evidenciándose alguna situación asociada al error de tipo.

4.4. La defensa técnica durante su intervención oral, lejos de proponer auténticos cuestionamientos sobre el fondo del objeto penal pese a que su pretensión contenida en su fundamentación de apelación era sobre la revocatoria de la sentencia, durante la audiencia de apelación varió sustancialmente su pretensión solicitando esta vez su nulidad sobre la base de cuestionamientos diferentes a los contenidos en su recurso, situación que oportunamente fue advertida por el Fiscal Superior conforme fluye del audio de la audiencia de apelación; en efecto, el numeral 1) del artículo 409° del Código Procesal Penal bajo señala que *"la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada"*, lo que implica que el límite de pronunciamiento se encuentra en el recurso de formalización de apelación, esto cobra importancia por cuanto en segunda instancia lo que se corre traslado a las partes es aquel recurso, justamente para que los demás sujetos procesales la absuelvan de acuerdo a sus términos, empero si ya durante la audiencia se proponen otros cuestionamientos diferentes a la impugnación, se pierde el equilibrio entre las partes, dejando en cierta inestabilidad o indefensión a la otra, por cuya razón la pretensión esbozada en el recurso debe armonizar con los alegatos en segunda instancia. Diferente es el caso de aquellas situaciones que provocan la nulidad absoluta de la resolución cuestionada, en cuyo caso no es necesario que la parte la advierte pues esta se produce de oficio.

4.5. En el presente caso, la defensa técnica variando sustancialmente su pretensión en esta instancia peticionó la nulidad de la recurrida por vulneración al principio de identidad de

---

1 Exp. No 2425-2003-Cañete, en Castillo ALVA, 2006b, p. 1 1 5. Igual en la Ejecutoria Suprema del 1 7 de mayo de 2004, R.N. No 687-03-Loreto (Ibidem, p. 1 55). También en la Ejecutoria del 1 7 de diciembre de 2003-San Martín, R.N. N. 2401-2003 (en Castillo Alva, 2006, p. 1 76).

juzgado, considerando sustancialmente que la instalación del juicio oral se dio con la presencia de los señores magistrados Bernardo Rojas, Gerónimo de la Cruz y Salazar Rojas, sesión del 18/12/2014, continuándose con la actuación probatoria el 30 de diciembre del 2014, con la presencia de estos tres, sin embargo el día 14 de enero del 2015, el magistrado Gerónimo de la Cruz no concurrió, dando cuenta el Especialista de Audiencias que el indicado magistrado le señaló que había sido nombrado como Juez Superior de la Sala Penal de Apelaciones de Huánuco y que no podía conformar Colegiado aunado a que en causa no hubo cambios de jueces; y que no ello, los señores magistrados Bernardo Rojas y Salazar Rojas, contraviniendo el artículo 369° del Código Procesal Penal, reprogramaron la audiencia para el día 20 de enero del 2015, para luego volver a reprogramarlo a través de un auto para el 23 de enero del 2015, para continuar el juicio luego con el magistrado Manzano Sandoval hasta su finalización. La actuación del señor Gerónimo de la Cruz no debió suplirse con la intervención del señor Manzano Sandoval, ya que este no intervino en la actividad probatoria; al respecto cabe precisar que, escuchado el audio de la sesión de juicio del 14 de enero del 2015, luego de darse cuenta esta situación, la defensa técnica del imputado expresó su conformidad indicando que proceda conforme a sus atribuciones; más adelante, precisamente en la sesión de juicio del 10 de febrero del 2015, la defensa del acusado (otro letrado), solicitó bajo este mismo argumento el quiebre del juicio oral, sin embargo esta pretensión fue desestima, de modo que respecto de esta situación existe resolución judicial que dio respuesta al mismo, habiendo inclusive el abogado defensor postulado el recurso de reposición, el que también fue desestimada, de modo que no puede en esta instancia pretenderse su análisis si sobre el particular existe resolución firme.

4.6. De otro lado, la defensa indica que la sentencia contiene una motivación insuficiente y aparente respecto de la responsabilidad penal del imputado, por cuanto se ha consignado en ella un dato falso en el ITEM desarrollado como documentos, se indica que el acta de entrevista practicado a la menor agraviada de 13 años, lo cual en el desarrollo del juicio oral se ha visualizado dicha audiencia y no se ha oralizado, lo que dista de lo expresado en la sentencia. Para dar respuesta a este argumento de defensa se debe procesar que no cualquier cuestionamiento que se haga conlleva necesariamente a la nulidad de un acto procesal, para que ello ocurra, tal cuestionamiento debe ser de tipo sustancial y que haya causado un agravio irreparable al proponente, es en este escenario en que cobra sentido e importancia la proposición de la nulidad, en el presente, si bien el Colegiado A quo ha indicado en la apelada que se torna en cuenta para los efectos de la responsabilidad del sentenciado la oralización del acta de entrevista única, cuando lo cierto es que se visualizó el CD de entrevista en cámara Gessel, cierto lo es que esta pequeña inconsistencia no hace ineficaz la sentencia impugna, por cuanto no se trata de un cuestionamiento sustancial que haga variar el sentido de la decisión, consecuentemente tampoco cabe amparar este argumento de defensa.

4.7. Cuestionada también el abogado defensor que el Colegiado A quo, que no se actuó prueba alguna tendiente a establecer el estado de inconciencia en que la habría sido puesta por el acusado para someterla sexualmente; en relación a este punto, conforme lo ha sostenido el RMP, la calificación jurídica del que se defendió el acusado durante el proceso y principalmente el juicio oral fue por el delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD,** previsto y penado en el Artículo 173° primer párrafo inciso 2 del Código Penal (modificado por el Art. 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 de agosto del 2013), más no así por el delito Violación en estado de inconciencia, de modo que el resultado de la actividad probatoria y sus consecuencia condena se encuentra arreglada a ley.

QUINTO: SOBRE EL SEÑALAMIENTO DE COSTAS

Conforme el artículo 497.3 del Código Procesal Penal, las costas están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo, total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso; en el presente caso conforme se ha evidenciado, y estando a lo señalado, el sentenciado habría tenido razones fundadas para impugnar la sentencia, por lo que corresponde eximirle del pago.

DECISIÓN:

Por los fundamentos antes expuestos, y los contenidos en la sentencia impugnada, los integrantes de la Sala Superior Penal de Apelaciones de Huánuco, **RESUELVEN:**

I. **DECLARAR** Infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado Roberto Carlos Lazarte Bardales; en consecuencia,

II. **CONFIRMARON** la Resolución N° 13, que contiene la sentencia del 19 de febrero del 2015, que **FALLA por unanimidad, CONDENANDO** al acusado **ROBERTO CARLOS LAZARTE BARDALES** como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de **VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE CATORCE AÑOS** en agravio de la menor de iniciales K.A.G.R. de trece años de edad; y como tal le impusieron treinta años de pena privativa de libertad, asimismo **ORDENARON** el pago de dos mil nuevos soles que por concepto de reparación civil deberá pagar el condenado a favor de la parte agraviada, con lo demás que contiene; y los **DEVOLVIERON** para fines de ejecución.

Juez Superior Director de Debates: señor Quiroz Laguna.

S.S.
Flores León. **Pdte.**
Quiroz Laguna DD.
Torres Castañeda





Abog. VANESSA M. PEÑALOZA RIVERA