

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS



TEMA: “ANÁLISIS Y SÍNTESIS DE: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA DE LA CONDENA DEL ABSUELTO, Y VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS, DE ACUERDO A LOS ARTÍCULOS 419.2 Y 425.3.B DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL AÑO 2004.”

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO QUE PRESENTA EL

BACHILLER: DAVID ALEJANDRO MACO CANO

ASESOR: DR. MAURO PARI TABOADA

AREQUIPA - 2014

"El Derecho se ha de poner siempre en el lugar del criminal, sino no es derecho"

Oliver Wendell Holmes (Cambridge, Massachusetts; 29 de agosto de 1809 - Boston,
Massachusetts; 7 de octubre de 1894)

A mi madre por darme tanto;
A mi hermana por ser mi motivo;
A mi familia y mi padre por convertirse en mi ejemplo;
Y por último, a Dios por enseñarme a dudar.



AGRADECIMIENTOS

Debo reconocer que esta investigación ha logrado concluirse exitosamente gracias al apoyo incondicional de varias personas, por ello creo necesario hacer referencia a algunas de ellas a modo de reconocimiento de mi parte.

En primer lugar, quiero agradecer la paciencia y el cariño de mi madre, que han sido el soporte principal para sacar adelante esta tesis. Ella es mi aliada incondicional en cada uno de mis sueños; sin su esfuerzo no hubiera podido llegar hasta este punto del camino; mi hermana Natalia, no dudará en reconfirmar plenamente el comentario acerca de nuestra madre, ambos sabemos que siempre podemos contar con ella, nos lo ha demostrado de incontables maneras y en innumerables ocasiones. Durante este tiempo, mi madre ha compartido conmigo mis expectativas sobre la tesis y en los momentos más complicados de esta etapa, siempre estuvo dispuesta a escucharme y brindarme palabras de aliento y de confianza. Estas líneas siempre serán insuficientes para agradecerle todo lo que ella me ha dado, no solo en este, sino en cada momento de mi vida; a su modo, ha escrito la tesis, codo a codo, junto a mí. Asimismo, no debo dejar de agradecer a mi hermana Natalia quien se ha convertido en un motivo constante para seguir día con día en este deseo intenso por ser mejor.

En segundo lugar, pero no menos importante, debo agradecer a mi familia cercana, en especial a mi abuela Mary y a mi abuelo Percy, así como a mi tía Rossana y tío Percy; personas sin las que no hubiera podido llegar hasta este momento de mi vida. Muchas gracias por su comprensión y persistencia al creer en mí hasta el final.

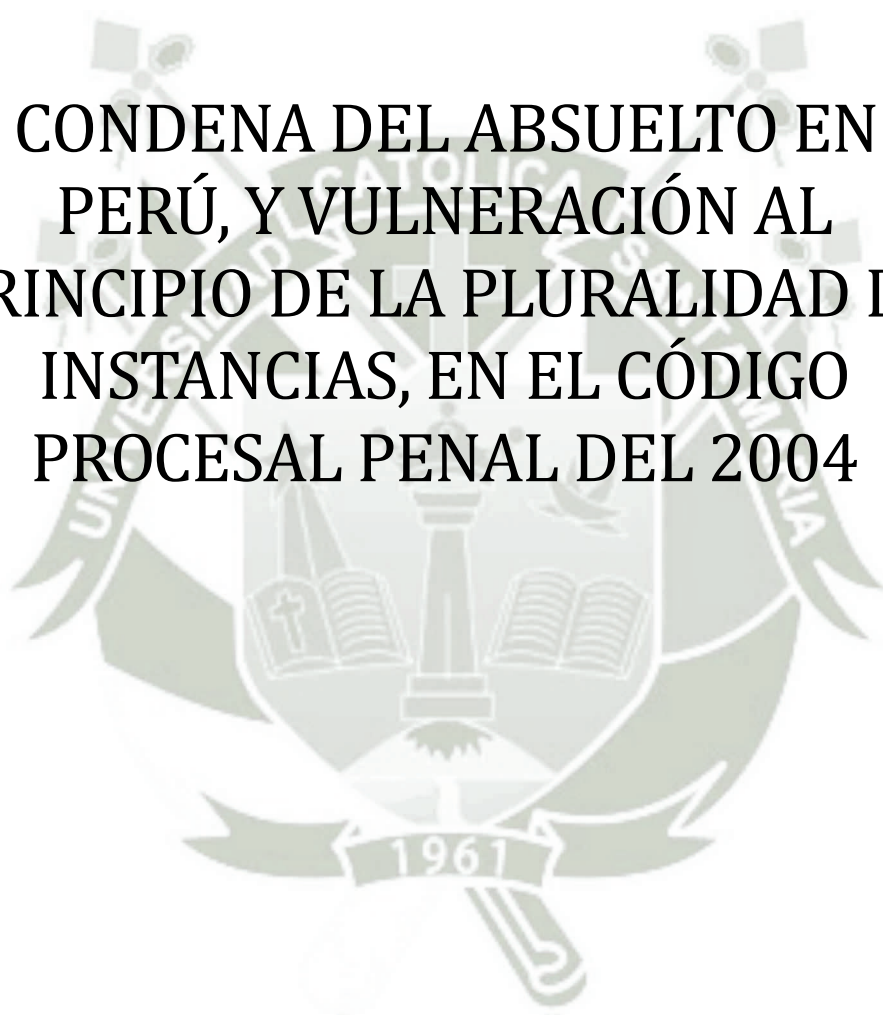
También, quiero expresar mi agradecimiento especial al Magister Fernán Fernández Ceballos por todo el apoyo brindado para la culminación de esta investigación; quien se ha convertido, desde hace mucho tiempo, en un ejemplo a seguir. Una persona íntegra en todo sentido y alguien en quien confiar.

Por otro lado, debo mencionar a mi asesor, el Magister Mauro Pari Taboada, quien tuvo la gentileza de brindarme su tiempo y apoyo constante; sus comentarios y críticas al trabajo siempre me ayudaron a centrar el objeto del mismo.

Debo mencionar del mismo modo a todos mis primos: Fernán, José, Álvaro, Ximena, Claudia y Sebastián, por todo el cariño y acompañamiento que me brindaron durante esta etapa de mi vida.

Finalmente, no quisiera dejar de expresar mi gratitud a todos mis compañeros en la etapa de pre-grado en la universidad, con quienes comparto una amistad que ha ido más allá de las aulas y que se ha fortalecido con el paso del tiempo. Muchas gracias por las críticas constructivas que me ofrecieron y soportar mis puntos de vista sobre cada tema. Siempre les tendré presentes en mi andar.

LA CONDENA DEL ABSUELTO EN EL PERÚ, Y VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS, EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004



ÍNDICE

	PÁGINA
1.- Introducción.....	vi
2.- Resumen de la investigación.....	xiii
3.- Abstract.....	xvi
4.- Discusión de la investigación.....	xix
5.- Capítulo I: Conceptos básicos sobre “la condena en segunda instancia de quien fuera absuelto en primera instancia.”.....	1
5.1.- Nota preliminar.....	2
5.2.- La constitucionalidad de las leyes.....	6
5.3.- La pluralidad de instancias.....	14
5.4.- La doble instancia.....	20
5.5.- El principio-derecho fundamental de la pluralidad de instancias.....	23
5.6.- Los tratados internacionales para el Perú.....	30
5.7.- El nuevo modelo procesal penal peruano.....	36
5.8.- ¿Qué es condenar en segunda instancia al absuelto en primera instancia?.....	42
6.- Capítulo II: Posturas a favor de la figura de la condena del absuelto en la jurisprudencia y doctrina.....	45
6.1.- Nota preliminar.....	46

6.2.- La condena del absuelto en primera instancia en el Código	
Procesal Penal.....	49
6.3.- Posición de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema	
de Justicia del Perú.....	53
6.4.- Posición de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema	
de Justicia del Perú.....	59
6.5.- Pronunciamientos del Tribunal Constitucional con respecto	
a la pluralidad de instancias.....	71
6.6.- La condena del imputado absuelto en instancia única en	
el NCPP.....	76
6.7.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	78
7.- Capítulo III: Posturas que cuestionan la figura de la condena del absuelto	
en primera instancia.....	79
7.1.- Nota preliminar.....	80
7.2.- El derecho a “recurrir el fallo” en la normativa de	
los Tratados Internacionales suscritos por el Perú.....	83
7.3.- La postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	86
7.4.- ¿Qué es el control de convencionalidad?.....	101
7.5.- Aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana	
de Derechos Humanos para el Perú.....	104

7.6.- Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre	
pluralidad de instancias en tanto a procesos penales.....	107
7.7.- Observación General N° 32 de Comité De Derechos Humanos	
y Comunicación No. 64/1979 del Comité de Derechos Humanos.....	111
7.8.- Pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos en casos	
de España sobre la casación.....	114
7.9.- La reformatio in peius cualitativa.....	116
7.10.- Opinión para VI pleno jurisdiccional de la Corte	
Suprema por el Dr. Arsenio Oré Guardia.....	118
8.- Capítulo IV: La síntesis del problema.....	121
8.1.- Nota preliminar.....	122
8.2.- ¿Es constitucional condenar en segunda instancia a quien	
fue absuelto en primera instancia?.....	125
8.3.- ¿Qué es la inconstitucionalidad por omisión?.....	132
8.4.- ¿Hay inconstitucionalidad?.....	137
8.5.- La naturaleza de la casación en el Código Procesal Penal	
del 2004.....	150
8.6.- La casación: ¿Recurso eficaz?.....	156
9.- Capítulo V: La solución legítima.....	163
9.1.- Nota preliminar.....	164

9.2.- ¿Es conveniente una reforma legislativa?.....	169
9.3.- Posibles soluciones aplicables al Perú.....	172
9.4.- Por ejemplo.....	189
9.5.- Elección de la mejor solución para el Perú – Solución legítima.....	223
9.6.- Justificación de la solución elegida.....	249
9.8.- La proscripción a la apelación del fiscal, ¿funciona?.....	262
9.7.- Proyecto de ley para la reforma legislativa.....	267
10.- Conclusiones.....	272
11.- Sugerencias.....	278
12.- Bibliografía.....	280
13.- Anexos.....	306
• CONSULTA 2491-2010-AREQUIPA. • CASACIÓN 195-2012-MOQUEGUA. • CASO MOHAMED Vs. ARGENTINA. • EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC. • OBSERVACIÓN GENERAL NRO. 32 DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. • PROYECTO DE TESIS.	

Abreviaturas

CDHNU	Comité de Derecho Humanos de la Naciones Unidas
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
Código de PP	Código de Procedimientos Penales.
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPP	Código Procesal Penal.
DPP	Derechos Procesal Penal.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

En el año 399 a. c., en el marco de la democracia ateniense, Sócrates fue acusado de asebeia¹ y de corromper a los jóvenes por sus tres acusadores: Meleto, Anito y Licón. Tras el juicio público realizado por el Tribunal de los Heliastas², el filósofo fue condenado a muerte debiendo, como castigo, beber la cicuta para acabar con su vida. Sócrates se enfrentó a un jurado compuesto por 500 ciudadanos elegidos al azar, y después de que él y su acusador hubieran presentado sus disertaciones, el jurado votó a favor de condenarlo por 280 contra 220; ante el poco interés mostrado por Sócrates ante su sentencia condenatoria y la poca ayuda brindada por este para el establecimiento de un castigo aplicable para su situación, su acusador propone la pena de muerte para castigar al filósofo; el jurado aprueba la moción por 360 contra 140. Como se deja ver, ser juzgado en la Atenas clásica no era una cuestión sencilla, sobre todo tomando en cuenta que los juicios se celebraban en una sola sesión y no cabía apelación posible del fallo; por esta razón, Sócrates fue condenado a muerte aquel día y treinta días después, el filósofo acabó con su vida sin la posibilidad de apelar la condena impuesta, por él o alguno de sus discípulos³...

Mientras estaba orando en el Jardín, Jesús de Nazaret fue arrestado por los guardias del templo a las órdenes del Sanedrín⁴ y el sumo sacerdote, Caifás. Durante el Juicio de Jesús por el Sanedrín, los sumos sacerdotes y ancianos le preguntaron a Jesús “¿eres tú el Hijo de Dios?” y él replicó “tú lo has dicho”, por lo que condenaron a Jesús por blasfemia y proferir ser el hijo de Dios. Los sumos sacerdotes le llevaron ante el procurador romano Poncio Pilatos, basándose en una acusación de sedición por decir que era Rey de los Judíos. Pilatos sintió personalmente que Jesús no era culpable de ningún crimen contra los romanos, y ya que había una costumbre en Pascua por la que el gobernador podía liberar a un prisionero,

¹ Impiedad con los dioses.

² Ciudadanos atenienses con el rol de juzgar en la sociedad ateniense.

³ RAMIS, J. Reflexiones Sobre El Trasfondo Político En El Juicio Contra Sócrates, En: <http://www.scielo.cl/pdf/atenea/n491/art05.pdf>

⁴ Consejo supremo de los judíos con potestad sobre los asuntos de Estado y de religión.

ofreció a la multitud elegir entre Jesús de Nazaret y un insurrecto llamado Barrabás. La multitud eligió liberar a Barrabás y crucificar a Jesús. Jesús es crucificado sin opción de apelar la condena impuesta por el pueblo romano. En aquel tiempo, solo tenían derecho de apelar quienes contaban con la ciudadanía romana y Jesús no era cual⁵...

El 6 de julio de 1415 d.c., Jan Hus descendió de la plataforma de madera en la catedral de Constancia. Miles de ansiosos ojos lo seguían por donde caminaba; él acababa de oír un sermón: “para que el cuerpo del pecado sea destruido”⁶; Hus era el “cuerpo del pecado”: Este era el día de su condena y ejecución. Antes de ello, en su juicio, Jan Hus se declaró dispuesto a someterse a sus inquisidores si se le convencía de sus errores. Solo deseaba un juicio más justo y tiempo para explicar sus ideas; si sus razones y textos no eran suficientes, estaría contento de ser enseñado. Tras el juicio del 8 de junio, se hicieron varios intentos para convencerlo de que se retractara de sus ideas, pero él los resistió todos y finalmente, fue condenado, sin apelación, a ser quemado vivo para purificar su alma pecadora⁷...

El apresamiento de una doncella se llevó a cabo en mayo de 1430 d.c., cuando ésta y quinientos hombres defendían la plaza de *Compiègne* en Francia, que finalmente cayó en manos del borgoñés Juan de Luxemburgo. En enero de 1431, comenzaron las sesiones preparatorias para su juicio y el 21 de febrero, la doncella compareció ante sus jueces para ser juzgado por los cargos de herejía, apostasía e idolatría. El 23 de mayo de 1431, después de un largo juicio en el cual se trató de demostrar que la doncella estaba poseída por satanás al haber perdido su flor, cuarenta y dos jueces, de un total de cuarenta y siete, dictaron la sentencia final para la doncella de Orleans; esta no era otra sino la de morir entre llamas para

⁵ LAVEAGA, G., ONTIVEROS A., VIZCAÍNO ZAMORA M., LUJAMBIO A., & OTROS (2012) Doce Juicios que cambiaron la historia, Ciudad de México: Editorial INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, pág. 52-58.

⁶ Romanos 6:6.

⁷ VARETTO, J. LA REFORMA RELIGIOSA DEL SIGLO XVI - SEGUNDO TOMO: “LA MARCHA DEL CRISTIANISMO”, En: <http://historiayverdad.org/La-marcha-del-cristianismo-2-Juan-C-Varetto.pdf>, págs. 8-10.

salvar su alma del infierno. De este modo, Juana de Arco era condenada a la muerte sin opción de objetar la decisión⁸...

En el año 1600 d.c. el Tribunal de la Santa Inquisición encontró culpable de herejía a Giordano Bruno y lo sentenció a la pena de la hoguera. Según los datos históricos, la situación del pensador se comprometió porque no quiso arrepentirse de los errores en los que, de acuerdo con El Vaticano, había incurrido. Giordano Bruno fue recluido y torturado en una inmundicia cárcel por los siete años que duró su largo juicio. En este juicio se le negó el derecho de enunciar y explicar sus ideas frente a los inquisidores papales. Bruno fue totalmente silenciado y así juzgado por la curia vaticana que lo sentenció a la hoguera. Giordano Bruno murió quemado en la santísima hoguera que El Vaticano preparó para terminar con sus ideas, sin opción de poder apelar su condena⁹...

El 12 de abril de 1633 d.c., Galileo compareció, a la edad de 69 años, ante el Santo Oficio, la Inquisición romana, para dar cuenta de un libro que había publicado un año atrás: *“el Diálogo sobre los dos máximos sistemas del mundo”*, en el que defiende el modelo heliocéntrico¹⁰ propuesto por Nicolás Copérnico, en el cual la Tierra y los planetas giran alrededor del Sol, y ridiculiza el geocentrismo¹¹, que coloca a la Tierra en el centro fijo del universo y que está basado en la física aristotélica y, sobre todo, en el modelo ptolemaico¹², el que mejor encajaba con las Sagradas Escrituras. El 22 de junio de 1633, Galileo, después de haber sido juzgado, fue obligado a pronunciar de rodillas la abjuración¹³ de su doctrina

⁸ LAVEAGA, G., ONTIVEROS A., VIZCAÍNO ZAMORA M., LUJAMBIO A., & OTROS, Óp. Cit., págs. 115-118.

⁹ “CRÍMENES DEL CRISTIANISMO”, En: <http://www.ateoyagnostico.com/2010/07/14/crimenes-del-cristianismo/>.

¹⁰ Sistema que supone que el Sol es el centro del universo.

¹¹ Teoría astronómica que sostenía que la Tierra era el centro del universo.

¹² Modelo bajo el cual, cada planeta se mueve mediante una combinación de dos o más esferas.

¹³ En los procesos de la Inquisición española consistía en el reconocimiento por parte del acusado de los errores heréticos que había cometido.

ante la comisión de inquisidores, bajo las órdenes del papa Urbano VIII. Galileo salvó de la muerte, pero no tuvo opción de apelar el fallo que lo condenó a tal humillación¹⁴...

Todas las historias antes narradas son sucesos de la vida real y, aunque los juicios llevados a cabo fueron realizados por diferentes motivos y bajo determinadas circunstancias particulares, todas estas narraciones tienen un punto en común: **El condenado no tuvo la opción de apelar su fallo condenatorio que le restringía o limitaba derechos.** Durante muchos años, esta fue una constante de los juicios llevados a cabo por diferentes jueces y tribunales alrededor del mundo; por ello, no es extraño que se hayan cometido tantos errores e injusticias al momento de condenar a alguien. Sin embargo, los tiempos han cambiado, la sociedad ha evolucionado y las personas estamos más avocadas a la defensa de la Constitución y los derechos humanos inmersos en ella; es por esta razón que ahora en nuestra sociedad, antes de dejar establecida una condena que restrinja la vida o libertad de una persona, siempre le damos opción para que apele este fallo condenatorio ampliamente; es de este modo que nos hemos vuelto una sociedad más justa e imparcial al juzgar a los miembros de nuestra colectividad. Hoy en día, el “derecho a revisión” está reconocido en la Constitución Política y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, por lo que resulta imposible pensar de un proceso jurisdiccional en el cual no se me asegure este derecho bajo alguna modalidad.

Tenemos claro que la revisión de un fallo condenatorio es no solo necesaria, sino también justa ante un posible error de nuestro juzgador o un abuso de su poder; es por esto dicho que llama mucho la atención la figura de “la condena del absuelto” en el Código Procesal del 2004; este código que ha traído consigo una serie de cambios sustanciales en el proceso penal; el cual ha pasado de ser mixto-inquisitivo, es decir: caracterizado por la concentración de facultades en el juez penal, con facultades para instruir y resolver conflictos penales, por

¹⁴ “El Juicio contra Galileo”, En:

http://www.nationalgeographic.com.es/articulo/historia/actualidad/8184/juicio_contra_galileo.html

el culto al expediente y la escrituralidad; a un sistema procesal penal acusatorio-garantista que es antagónico al sistema mixto-inquisitivo; este nuevo sistema se condice con la idea de un sistema republicano y con la vigencia del estado de derecho en nuestra nación, está regido por sólidos principios constitucionales, conforme lo está previsto en el art. I del Título Preliminar del código procesal penal¹⁵.

El problema que hago evidente en la siguiente investigación es en tanto al instituto procesal de la apelación en este cuerpo de ley, siendo más exacto, me centro en la figura de la condena en segunda instancia del que fuera absuelto en primera instancia o como es mejor conocida por la doctrina: “La condena del absuelto” y la vulneración al principio de la pluralidad de instancias reconocida en la Constitución Política de 1993. El problema más resaltante que se encuentra en tanto a “la condena del absuelto” es, básicamente, la posible violación al principio-derecho fundamental de pluralidad de instancias; principio consagrado en la Constitución de 1993 en su artículo 139.6 y el derecho a apelar el fallo condenatorio, reconocido por Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que el Perú se ha hecho parte.

Una parte de la doctrina señala que al no haber opción a que el absuelto en primera instancia que es condenado en segunda instancia por el *ad-quem*, acceda a una instancia superior ordinaria para que se revise la sentencia condenatoria una vez producida la figura de “la condena del absuelto” (esto acorde al art. 425.3.b concordado con el artículo 419.2 del código procesal penal del 2004), se estaría atentando contra el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos; los mismos que forman parte del bloque de constitucionalidad por tratarse de Tratados que reconocen derechos humanos,

¹⁵ Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio... Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución en este Código. Los jueces preservaran el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

según nuestra Constitución de 1993; esto tornaría a la figura en inconstitucional e inaplicable en nuestro sistema interno.

En la doctrina nacional, el primero en tomar postura por escrito sobre el tema ha sido el Magistrado Jorge Luis Salas Arenas, quien en su libro “CONDENA DEL ABSUELTO *Reformatio in Peius Cualitativa*”, se hace de la postura de la vulneración a derechos humanos por no adecuar nuestro sistema jurídico a los requerimientos de La Convención Americana de Derechos Humanos; con lo cual propone una reforma legislativa que nos permita acceder a una instancia superior en caso se presente la figura¹⁶. En cambio, en la jurisprudencia nacional, se está tomando la postura contraria; entre ellos el propio Tribunal Constitucional en el caso Pedro Ayala en el Exp. N.-604-2001-HC/TC, considera que el principio a la pluralidad de instancias se satisface con la sola presencia de la doble instancia, es decir con el hecho de que se haya hecho una revisión por parte de un colegiado superior, con lo cual se desestimaría la violación al bloque de constitucionalidad; por su parte, la Suprema Sala Constitucional y Social del Perú en el Exp. 2008-12172-15, se ha pronunciado con un similar razonamiento al plantear que: “...La doble instancia reconocida en el inciso 6 del artículo 139 de la constitución política de 1993, 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”¹⁷.

Ante estas dos posturas encontradas entre sí, es necesario el análisis en concreto y profundo de ambas posiciones, en favor y en contra de la figura ya mencionada para luego proceder a hacer una síntesis; esto a razón del posible atentado contra el art. 139.6 de nuestra Constitución y la inobservancia de Tratados Internacionales por posible vulneración a un

¹⁶ SALAS ARENAS, J. (2011), *Condena del absuelto – Remormatio in peius cualitativa*, Lima: Ediciones IDEMSA, primera edición, Págs. 16-54.

¹⁷ Consulta hecha a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema por el Exp. 2008-12172-15

derecho fundamental reconocido por un tratado con carácter supranacional que nos es vinculante y nos obliga a cumplir con su contenido.

Tomando en cuenta esta problemática, pretendo hacer un análisis y síntesis de constitucionalidad de la figura de “la condena del absuelto” y su vulneración al principio de la pluralidad de instancia en nuestro país, al notar que para que una ley o en este caso, un artículo del código, sea aplicable, no solo basta con que sea legal sino también constitucional; es decir, que no contravenga la constitución y mucho menos, el bloque de constitucionalidad; solo cumpliendo con ello, la ley se podrá convertir en una ley que respete el estado constitucional de derecho que pretendemos hacer nuestro y tenemos como ideal a alcanzar.

A su vez, es de mi interés dar una postura propia y, en caso de que al final de mi investigación tomara postura por la inconstitucionalidad, encontrar una solución legítima para el problema que se podría estar presentando en nuestro país; solución que pueda ser aplicable en corto plazo, que sea factible de ser utilizada en el ordenamiento jurídico peruano sin contravenir la Constitución y, además, ser justa.

En líneas generales, el derrotero de este ejercicio de investigación apunta a determinar la constitucionalidad de “la condena del absuelto”, los efectos de la figura, sus limitaciones y los retos pendientes sobre esta, y determinar la afectación al principio de la pluralidad de instancias por nuestro Código Procesal Penal del año 2004.

Arequipa, Octubre del 2014.

EL AUTOR.

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

El trabajo de investigación titulado: “ANÁLISIS Y SÍNTESIS DE: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA FIGURA DE LA CONDENA DEL ABSUELTO, Y VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS, DE ACUERDO A LOS ARTÍCULOS 419.2 Y 425.3.B DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL AÑO 2004.”, tiene como principal objetivo el dar respuesta, a las siguientes preguntas: ¿La condena en segunda instancia del absuelto en primera instancia es constitucional? ¿Existe violación a los principios de la Constitución o Tratados Internacionales con la figura de la “condena del absuelto”? ¿Es suficiente el recurso de casación para hacer una revisión de la “condena del absuelto”? ¿Sería conveniente una reforma legislativa en el código procesal penal para salvar este problema en caso de encontrarse efectiva vulneración a los principios de la Constitución o Tratados Internacionales? ¿Qué tipo de reforma legislativa sería necesaria para salvar este problema en caso de encontrarse efectiva vulneración a los principios de la constitución?; y sobre la base de esas preguntas desarrollar la problemática que estaría afrontando el Estado Peruano frente a la figura de “la condena del absuelto” (Como es mejor conocida), por ser una figura que atentaría contra la Constitución y Tratados Internacionales sobre derechos humanos.

Para desarrollar el trabajo de investigación se ha obtenido información de todas las fuentes disponibles en el derecho; se ha recurrido a la doctrina tanto nacional como extranjera para conocer su postura acerca de esta figura; se ha utilizado jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional Peruano, Corte

Suprema del Perú, y otras sentencias de relevancia para analizar la figura en cuestión; y también se ha tomado en cuenta la legislación de otros países, sirviéndonos de este modo del derecho comparado para, en base a la experiencia de otros estados, generar un camino a seguir en cuanto al problema que nos hemos planteado en caso hallarse la efectiva afectación a derechos fundamentales.

En el capítulo primero se hace una rápida revisión de los conceptos básicos de “la condena del absuelto”, con el objetivo de tener claros los principales conceptos a utilizarse en los posteriores capítulos; cosa que hará más dinámica la investigación y servirán al lector de introducción al problema.

En el capítulo segundo se desarrolla el análisis de las posturas a favor de la condena del absuelto a través de un recuento de sentencias y análisis de la doctrina especializada que han podido abogar en favor de esta figura. Se recogen los argumentos más resaltantes de cada una de ellas en defensa de la figura.

En el capítulo tercero se desarrolla en análisis de las posturas que cuestionan la figura de la condena del absuelto, nuevamente sirviéndose de sentencias, resoluciones y doctrina, pero que han cuestionado la figura. Se recopilan los argumentos más importantes que cuestionan la figura o sus efectos.

Asimismo, en el capítulo cuarto, una vez realizado el análisis de las dos posturas, se procede a hacer la síntesis del autor en tanto a “la condena del absuelto”; se pretende por medio de este capítulo, hacer la toma de una postura que sea novedosa en el medio peruano y que se sirva de los mejores argumentos de los dos anteriores capítulos para llegar a un síntesis del problema. La síntesis propuesta se hace conociendo de antemano que las posturas antes mencionadas no necesariamente son contradictorias sino que, simplemente podrían ser distintas y por tanto, pasibles de unificar.

En el capítulo quinto, una vez hallado el problema y sabiendo sus alcances, se procede a hacer la búsqueda de una solución legítima para el Perú; no se pretende solamente dar una solución que enmarque dentro del ámbito de lo legal sino que pretende llegar a una solución que desarrolle justicia en la sociedad. La búsqueda de esta solución comprende el desarrollo de posibles soluciones aplicables para el medio peruano, análisis de la legislación comparada y búsqueda de la solución legítima a través de la teoría de la justicia de John Rawl.

Finalmente, a través de los resultados de la presente investigación, llegamos a afirmar que nos encontramos ante una inconstitucionalidad por omisión que afecta el principio de la pluralidad de instancias; ante lo cual, debemos hallar una solución legítima que nos evite futuras condenas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sobre todo, que eviten que sigamos atentando contra los derechos fundamentales de las personas.

Arequipa, Octubre del 2014.

ABSTRACT

The research paper entitled “ANALYSIS AND SYNTHESIS ABOUT: THE CONSTITUTIONAL OF THE FIGURE OF THE CONDEMN IN SECOND INSTANCE IN RESPECT OF WHO WAS ACQUITTED IN FIRST INSTANCE, AND THE BEGINNING OF MULTIPLE INSTANCES, TO THE ARTICLES 425.3.B AND 419.2 TO THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF 2004” has as main objective to respond to the following questions: the sentence on appeal acquitted in the first instance is constitutional? Is there a violation of the principles of the Constitution or International Treaties with the figure of the “Condemn of who was acquitted”? “La casación” is enough to appeal to a review of the “Condemn of who was acquitted”? Would it be appropriate for legislative reform in the criminal procedure code to overcome this problem if found effective breach of the principles of the Constitution or International Treaties? What kind of legislative reform would be needed to overcome this problem if found effective breach of the principles of the constitution?; and on the basis of those questions that would explore the issue facing the Peruvian State to the figure of “Condemn of who was acquitted” (as it is better known), being a figure that undermine the Constitution and International Treaties on human rights.

To develop the research has obtained information from all available sources in law; has resorted to both domestic and foreign doctrine for its position on this figure; jurisprudence has used “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, “Tribunal Constitucional Peruano”, “Corte Suprema del Perú”, and other sentences of relevance to analyze the figure in question; and has also taken into account the legislation of other countries, to serve us in this way to the law compared to, based on the experience of

other states, create a way forward on the question we asked ourselves if found effective transgression in fundamental rights.

The first chapter provides a quick review of the basic concepts of “Condemn of who was acquittal”, it is made, in order to be clear about the main concepts used in later chapters; thing that will most dynamic research and serve the reader an introduction to the problem.

In the second chapter will make the analysis of the positions in favor of “Condemn of who was acquittal” by a count of sentences and analysis of the specialized doctrine that have been advocating on behalf of this figure is developed. The highlights of each figure defending arguments are collected.

The third chapter will develops analysis of the positions that question the figure of “Condemn of who was acquittal”, again making use of sentences, resolutions and doctrine, but have questioned the figure. The most important arguments that question the figure or its effects are collected.

Also, in the fourth chapter, once made the analysis of the two positions, we proceed to make a synthesis of the author as a “Condemn of who was acquittal”; is intended by this chapter, make taking a position that is new to the Peruvian environment and that serve the best arguments of the two previous chapters to reach a synthesis of the problem. The proposed synthesis is that we knowing beforehand that the above views are not necessarily contradictory, but that could just be different and therefore liable to unify.

In the fifth chapter, once I found the problem and knowing its scope, we proceed to make the search for a legitimate solution Peru; it is not intended only to provide a solution that frames within the realm of the legal but aims to reach a solution to develop

justice in the society. The search for the solution is based on the development of possible solutions applicable to Peru, the comparative analysis of the laws of other countries and the pursuit of legitimate solution based on the “Teoría de la justicia” of John Rawls.

Finally, through the results of this investigation, we claim that we are facing an unconstitutionality by omission that affects the principle of “pluralidad de instancias” , to which we must find a legitimate solution to avoid future condemnns to the "Corte Interamericana de Derechos Humanos" and in particular to avoid that we continue attacking the fundamental rights of people.

Arequipa, October 2014.



RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN

I CAPÍTULO

- Estamos en una etapa del derecho que busca la constitucionalización de las normas jurídicas, partiendo de la premisa de que solamente ya no se entiende a la Constitución Política como un inicio del cual partir, sino también como un fin de las normas en sí mismas: Un modo de preservar los derechos, la libertad y defender los intereses de las personas. Es así que, sabiendo que la Constitución Política no es una norma estática que solamente busca dar una enumeración de valores, derechos y principios, ahora comprendemos que las normas que integren un bloque jurídico, necesariamente deberán estar impregnadas por un matiz constitucional; es por ello que hacer el análisis de constitucionalidad de dos artículos del Código Procesal Penal del 2004, es perfectamente válido puesto que estos artículos integran nuestro sistema jurídico y por tanto, deberán estar en el marco de la Constitución Política de 1993 y respetar su carácter supremo ante ellos. Sabiendo además que, el respeto de la Constitución Política no está reservado a los miembros del Tribunal Constitucional sino que, es una labor de la sociedad hacer diferentes análisis que determinen si una norma está siendo respetuosa de su voluntad.
- Sabiendo que una instancia es un pronunciamiento por parte de quien tienen jurisdicción sobre la pretensión de algún sujeto procesal, una pluralidad de instancias es más de un pronunciamiento sobre aquella pretensión de un sujeto procesal; es decir que, una instancia plural, busca preservar que haya más de un solo pronunciamiento; no pudiendo existir la instancia única. Nuestra Constitución Política de 1993 lo contempla al no indicar que tan plural debe ser la instancia, pero si asegura que no podrá haber nunca solo una. Este principio, en el Perú, se ve materializado a través del acceso a los recursos impugnatorios.

- La doble instancia es una de las opciones con las que cuenta el legislador para desarrollar el principio de la pluralidad de instancias. La Constitución Política al obligarnos a tener “pluralidad de instancias”, indica de este modo que podrían haber dos, tres, cuatro, o más; ante esto, el legislador peruano, adoptando la posición de los revolucionarios franceses, se ubica en un modelo de “doble instancia” bajo el cual, lo que sea decidido en primera instancia, será controlado por la segunda instancia; teniendo esta la opción de variar lo decidido por el *ad-quo*. La doble instancia es un modelo adoptado preferentemente por el legislador peruano al momento de hacer normas procesales.
- La pluralidad de instancias es un derecho que puede ser invocado por las partes dentro de un proceso y, a su vez, un principio que sirve como eje de partida para ser desarrollado por el legislador, a razón de que indicar una instancia plural no identifica la cantidad de instancias. En suma cuenta, sabiendo que un derecho fundamental es aquel que se encuentra en la Constitución Política del Estado; y que un principio es la base que delimita al derecho positivo; señalamos que la pluralidad de instancias es un derecho ante quien pretenda hacerme un proceso a instancia única y un principio cuando debe de desarrollarse un recurso impugnatorio dentro del Estado peruano.
- Un Tratado Internacional es un instrumento por el cual dos o más estados se obligan a producir efectos jurídicos en su ordenamiento interno y que está regulado por acuerdos tomados dentro del tratado. Para el Perú, todos los Tratados no son iguales; los Tratados Internacionales que versen sobre Derechos Humanos tienen rango constitucional y no solo esto, sino que además, deberán servir como base interpretativa de la propia Constitución Política y ser parte del bloque de constitucionalidad.

- El Derecho Procesal Penal es la rama del derecho que estudia normas que regulan la potestad punitiva del estado en materia penal. En el Perú hemos adoptado un nuevo sistema procesal penal, entendiendo esto como un conjunto de principios y reglas que rigen un determinado ordenamiento jurídico; bajo lo cual, se entiende al Derecho Procesal Penal como un conjunto de garantías constitucionales que deben ser respetadas en el desenvolvimiento del proceso para la defensa de derechos fundamentales de las personas. Este nuevo código se condice mucho más con el estado constitucional de derecho que se pretende implantar en el Perú.
- La figura de “la condena del absuelto” es la capacidad que es otorgada al juez de segunda instancia, o también llamado de apelación o revisor, para que condene a quien fuera absuelto, o librado de culpa, en primera instancia.

II CAPÍTULO

- Con el cambio de Código Procesal Penal, nos encontramos ante un cambio que da nuevas facultades al juez de revisión. En el Código de Procedimientos Penales, no se contaba con la opción de condenar en segunda instancia al que fuera absuelto en primera instancia; en cambio, en el Código Procesal Penal del 2004 esta facultad se ve inmersa como parte de la voluntad del legislador.
- **Resultados del análisis de “CONSULTA N° 2491-2010/AREQUIPA”:**
 - ✓ La Sala de la Corte Suprema, DESAPRUEBA LA RESOLUCIÓN CONSULTADA y ordena un nuevo pronunciamiento por parte de la Sala Superior de Arequipa que envió la consulta.
 - ✓ Sí existe una reforma peyorativa de la sentencia de vista en agravio del acusado cuando el *ad-quem* condena en segunda instancia al absuelto en primera instancia; sin embargo, la garantía de la “*non reformatio in peius*” no aplica para este caso puesto que esta garantía no es aplicable cuando el Ministerio Público ha interpuesto recurso impugnatorio en contra de la resolución de primera instancia.
 - ✓ El Nuevo Código Procesal Penal da la posibilidad de condenar en segunda instancia al absuelto en primera instancia, en contraposición de lo que ocurría con el Código de Procedimientos Penales que no admitía tal figura. La Sala de la Corte Suprema asume esto como un cambio por voluntad del legislador.
 - ✓ La Sala Constitucional define a la instancia plural como la posibilidad para que dentro del proceso, el objeto de la pretensión pueda ser discutido ampliamente en dos instancias; indica una interpretación restrictiva del precepto constitucional puesto que la Constitución Política asegura la pluralidad de instancias y la Sala entiende que con la doble instancia esta se ve cubierta; por tanto, se satisface este derecho por haber ventilado en dos ocasiones la pretensión.

- ✓ La Sala Constitucional indica que lo que pretende la Convención Interamericana de Derechos Humanos es que “la parte acusada tenga la posibilidad de discutir la pretensión jurídica penal en su contra ante un órgano jurisdiccional superior y por ende distinto”; es decir, que la sala entiende que la Convención lo que asegura es que la pretensión sea discutida solamente dos veces ante un tribunal distinto. Sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se pronunció.
- ✓ La Sala Constitucional sostiene que la “condena del absuelto” se sustenta en el principio de igualdad del proceso para las partes; es por esto que la posibilidad de condenar a quien fuera absuelto, se basa en el razonamiento de que el mismo tribunal puede también absolver al condenado.
- ✓ El derecho a la pluralidad de instancias se ha visto respetado según la Sala y por tanto, no habría motivo para recurrir a la casación como recurso ordinario. La casación es un recurso extraordinario y no le entiende como una revisión para la condena del absuelto. La doble instancia como materialización de la pluralidad de instancias se ha visto respetada.
- **Resultados del análisis de “la Casación 195-2012-Moquegua”:**
 - ✓ La Sala Penal se pronuncia sobre el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, señalando que aunque una interpretación literal no es acorde con nuestro ordenamiento jurídico interno, los límites del Pacto son lo bastante claros como para determinar que se deberá otorgar un recurso apelatorio al condenado.
 - ✓ Señala que el principio de igualdad de partes es un principio rector del derecho procesal penal; a la luz de este, no solo buscaremos la igualdad para el acusador, sino también al acusado ante la evidente desproporción que existe entre el acusado y el acusador en este caso.

- ✓ La Sala Penal válida la posición del Tribunal Constitucional en el caso del EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC al decir que cuando se trate de un fallo que imponga una pena que coercione la libertad o a la persona, este fallo pueda ser recurrido o revisado por un órgano superior.
- ✓ La Sala Penal contempla el contenido de la observación general Nro. 32 del Comité de Derecho Humanos de la Naciones Unidas que señala que la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el Tribunal de mayor jerarquía en una segunda instancia.
- ✓ La Sala Penal resalta que lo dicho en el caso Mohamed Vs. Argentina es que, una sentencia condenatoria sea revisada por un Tribunal jerárquicamente superior, así se trate de una sentencia dictada en única, primera o segunda instancia; esto bajo los siguientes parámetros: Proceder antes que la sentencia obtenga calidad de cosa juzgada y sea un recurso oportuno, eficaz al cumplir su cometido, y accesible para el condenado.
- ✓ La Sala Penal considera que la condena del absuelto no es incompatible con la Constitución Política siempre que se cumpla con las normas procesales pertinentes; es decir que, si no cumplimos con asegurar el derecho a apelar el fallo, la figura devendría en inconstitucional, y si lo hacemos, sería constitucional.
- ✓ El nuevo ordenamiento procesal penal faculta al juez revisor para que pueda condenar al que fue dado por inocente en primera instancia mientras que el C de PP solo daba la posibilidad de declarar la nulidad de la resolución. Esto la Sala Penal también lo ve como la libre voluntad del legislador; pero con la salvedad

de que esta vez, la Sala entiende que antes no se facultaba al juez por su falta de inmediación con las partes y la prueba, facultad que ahora sí podría tener.

- ✓ Si recogemos el principio de inmediación, la revisión del fallo sería imposible porque las partes no podrían tener contacto con el *ad-quem* para que les revise la resolución; sin embargo si vemos la segunda instancia no como un control sino como un nuevo enjuiciamiento, el principio se cubriría cabalmente. Esto como un aporte de la Sala Penal ya que, en el Perú acogemos la segunda instancia como una revisión y no como una “segunda primera instancia”
- ✓ La Sala Penal advierte que esta segunda instancia deberá contar con los recursos que le permitan la reproducción del juicio oral ante el *ad-quem*; usando de este modo la tecnología para satisfacer la inmediación de la que tanto se ha hablado y así, poder condenar al haber inmediación entre lo que decida el *ad-quem* y lo que ya fue actuado en primera instancia frente al *ad-quo*. Para la Sala Penal, lo que debe haber para poder condenar en segunda instancia es la inmediación.
- ✓ Se considera que lo que hace la segunda instancia, en el Perú, es un reexamen de lo actuado en primera instancia y a razón de ello, romperíamos el principio de inmediación, siendo un precio a pagar por cumplir la doble instancia.
- ✓ Sin embargo a lo antes dicho, el legislador parece haberse inclinado por una revisión del fallo en la segunda instancia y no por una nueva primera instancia. A razón de esto, de cuidar de la inmediación, ha prohibido expresamente que el órgano revisor modifique el valor probatorio de la prueba en primera instancia; pero otorga una excepción que se da cuando su valor probatorio se cuestionó por otra prueba distinta a la que ya fue valorada o por una prueba nueva.
- ✓ Solo se podrá modificar el valor probatorio dado por el juez de primera instancia con prueba nueva, valoración sobre derecho o condena en base a pruebas que no

requiere inmediación; y obviamente, la prueba nueva debe ser actuada frente al *ad-quem* y el acusado.

- ✓ La Sala de Apelaciones está facultada a condenar en segunda instancia, pero esto está supeditado a una actuación probatoria que pueda dar *status* de culpabilidad al encausado en la audiencia de apelación. El único modo de condenar en segunda instancia después de que fuera alguien absuelto en primera instancia es cuando el *ad-quem* tiene directo contacto con prueba nueva que pueda hacer cambiar la valoración, sino no se puede cambiar el valor probatorio que se dio a la prueba en primera instancia.
- ✓ Como último punto, la Sala Penal considera que si se condenara en segunda instancia, la casación es la oportunidad en la que el justiciable podrá establecer la vulneración de algún derecho fundamental por afectación de garantías.
- **Resultados del análisis de sentencias del Tribunal Constitucional:**
 - ✓ El derecho a la pluralidad de instancias garantiza que los justiciables puedan recurrir las resoluciones judiciales que los afectan ante una autoridad jurisdiccional superior. El principio constitucional se satisface estableciendo, cuando menos, una doble instancia.
 - ✓ La cantidad de instancias que existan en un proceso corresponden a la labor del legislador, pero su voluntad no determina si estas instancias deben o no existir.
 - ✓ Vergara Gotelli señala que no se puede considerar como instancia plural a una sucesión de grados que, en manos de legisladores poco avisados en la temática de análisis, podría por ley ordinaria establece el *iter procesal* en tres, cuatro o más grados. En el Perú solo se contempla la doble instancia como modelo.
 - ✓ La pluralidad de instancias constituye una garantía que ofrece el Estado, mediante el cual se protege a las personas para que estas tengan la oportunidad

de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por otro órgano funcionalmente superior.

- ✓ Bardelli Lartitigoyen y Vergara Gotelli señala que no se puede considerar como instancia plural una sucesión de instancias hasta la eternidad, en todo caso debemos entenderla aplicada a la conformación de la instancia superior, pues la sala revisora siempre estará conformada por un tribunal colegiado en el que es posible encontrar pluralidad de decisiones en cada uno de los miembros de estos al momento de pronunciarse sobre el tema de fondo.
- Fernando Vicente Núñez Pérez Sostiene que la figura de la condena del absuelto no afecta el derecho a la pluralidad de instancias del condenado; esto porque considera él que la pluralidad de instancias también debe comprender a la víctima y por tanto, este también tendría que tener derecho a la apelación del fallo que absuelve a su posible agresor. Este autor no toma una postura sobre la figura en cuestión porque señala debemos esperar la sentencia de la Corte IDH ya que, en este tiempo aún no se había pronunciado esta en el caso Mohamed Vs. Argentina y se estaba a la espera de ello.
- El Convenio Europeo de Derecho Humanos ha desarrollado que el derecho a apelar el fallo condenatorio podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución; sin embargo este no nos es aplicable porque atañe a un convenio de Estados Europeos que solo podremos utilizar en caso excepcional ante una insuficiencia en la interpretación de nuestros instrumentos sobre derechos humanos.

III CAPÍTULO

- Acorde a lo estipulado en los Tratados Internacionales, sobre todo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y tomando en cuenta que estos instrumentos internacionales se deben interpretar de modo conjunto; se afirma que la voluntad de los Estados que se hicieron parte de estos Tratados fue la de asegurar la “doble conforme”, es decir que las personas que hayan sido condenadas por algún delito, accedan a una instancia superior que confirme el fallo, teniendo así dos instancias que resuelven en el mismo sentido. No se podría entender la voluntad de estos Tratados como la mera revisión de la pretensión por dos Tribunales distintos.
- **Resultados del análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:**
 - ✓ En la sentencia del caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, la Corte dictamina que la casación no es un recurso pleno, sino que es un recurso extraordinario. Este recurso no autoriza a la revisión completa del fallo ni la reapertura del mismo para una nueva valoración de la prueba; por tanto, la casación, al no poder revisar los hechos sobre los que versa la condena, se convierte en un recurso extraordinario que solo atiende cuestiones de derecho. Por otra parte, se indica que no se satisface la Convención con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado ante el que éste tenga o pueda tener acceso, necesariamente deberá ser una instancia que pueda revisar la integridad del primer fallo condenatorio que se ha presentado.
 - ✓ En el voto concurrente de razonado del juez Sergio García Ramírez de la sentencia anterior, encontramos el fundamento de que la Convención tiene por

finalidad proteger los derechos humanos, por tanto, lo que corresponde es otorgar un recurso que puede revisar todas las cuestiones de la condena de una persona para la defensa de su libertad.

- ✓ El voto concurrente razonado del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo en la sentencia del caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú; encontramos que en realidad, no importa el nombre del tribunal de apelación ni su naturaleza, lo que importa es que el este tribunal tenga la facultad de reexaminar la totalidad de los hechos y valorar la prueba nuevamente; es decir que no importará el nombre del recurso, sea este casación, apelación o el que fuere, lo importante es que este recurso pueda entrar a debatir cuestiones de fondo.
- ✓ En la sentencia del Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, encontramos la expresa interpretación de la Corte acerca de “la doble conforme”; distinguimos que la Corte no solo se basa en el derecho a la doble revisión del fallo, sea este absolutorio o condenatorio, sino en la doble conformidad judicial de un fallo, en este caso condenatorio; preservando los derechos del condenado a tener una revisión plena y eficaz de su fallo condenatorio. Es decir, que el condenado tiene el derecho a que su fallo condenatorio sea confirmado por una instancia superior.
- ✓ En la sentencia del Caso Baena Ricardo Vs. Panamá, es de tomar en cuenta que la Corte asegura que el derecho a recurrir al fallo beneficia a quién es condenado puesto que la condena es la manifestación del Estado para reprimir al presunto culpable; las interpretación de le defensa de los Derechos Humanos es en cuanto a la defensa de la persona ante el poder punitivo que tiene el Estado y no podrá interpretarse la Convención como fundamento para dar el recurso de impugnación al acusador. El derecho al recurso es de las personas.

- **Resultados del análisis del caso Mohamed Vs. Argentina:**

- ✓ La posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es:
 - 1) Bajo el punto de vista de la Comisión, no hay atentado contra la Convención si se presenta la figura de “la condena del absuelto” en el ordenamiento jurídico interno de un país, el problema se genera al no haber un recurso ordinario para recurrir el fallo condenatorio de este.
 - 2) Indica que la Convención tiene directa relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; es evidente que en este Pacto, la voluntad de los Estados era la preservación del derecho a impugnar para quienes fueran condenados.
 - 3) El recurso de apelación 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, no pudiendo entenderle como la sola revisión por dos tribunales distintos, así se trate de una condena impuesta en única, primera o segunda instancia.
 - 4) La razón de que exista el recurso de impugnación es la posibilidad de error en el juzgador; por ello, lo revisado debe ser todo y en amplia medida, sin limitaciones para el juez o tribunal revisor.
 - 5) Podrán imponerse requisitos para interposición del recurso, pero solamente podrían ser requisitos de forma; no podrían presentarse requisitos que limiten la revisión del fallo o su revisión.
 - 6) De condenar al absuelto, deberá constarse con un recurso que cumpla el mínimo establecido por la Convención: Un recurso amplio sin límites de fondo o forma.

- 7) No podrá tomarse como valido un recurso que solo busque defender las garantías constitucionales violadas dentro de un proceso. El recurso deberá ser amplio.
- ✓ La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es:
- 1) El derecho a recurrir el fallo escapa del momento en que este se dé, lo realmente importante es que al encontrado culpable, tenga derecho a recurrir el fallo y los hechos que le encuentran culpable en su totalidad; sin límites a la revisión.
 - 2) Lo trascendente es la defensa del condenado ante el poder punitivo del estado; este derecho a la revisión al fallo es visto como una garantía para el condenado.
 - 3) La impugnación del fallo condenatorio es una garantía para las personas que tengan una sentencia adversa.
 - 4) Los obstáculos para el acceso al recurso no deben interponerse para evitar el cuestionamiento de la totalidad del proceso de ser necesario. Lo importante es que el recurso sea de amplio espectro para el condenado.
 - 5) No interesa el nombre del recurso, sea apelación, casación o algún otro; lo importante es que este recurso pueda calificar hechos y actuar prueba para permitir la defensa del condenado.
 - 6) Debe poder controlarse lo establecido en el juicio que condeno al inculpado; no interesa a la Corte que se lleve a cabo un nuevo juicio en favor de quien fuera encontrado culpable, sino que se pueda controlar la totalidad del fallo que lo condenó.

- 7) La casación no podrá estar sujeta a causales que limiten el acceso al recurso por parte del condenado; cuando estas causales limiten la revisión del juez de segunda instancia.
 - 8) Para que se pueda dar el uso de la figura “ne bis in ídem”, se tiene que haber producido una sentencia FIRME de carácter absolutorio; esta solo se da después de haber transcurrido todas las etapas que estableciera el legislador.
 - 9) La corte considera que las apelaciones que se generan dentro del proceso ordinario son parte del juicio y por tanto no cabría la posibilidad de alegar un “doble juicio” en contra del absuelto.
 - 10) La Convención lo que asegura es el derecho del condenado a tener “la doble conforme” en los procesos que limiten su vida o su libertad.
- El control de convencionalidad es un control que ejerce la Corte, no solamente sobre la Constitución Política sino sobre toda norma de orden interno e interpretación del juez que contravengan la Convención. Siendo este el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. Los Estados al hacerse parte de la Convención se obligan a reformar y formar su ordenamiento interno en cumplimiento en la Convención.
 - La “cosa interpretada” se produce cuando la Corte IDH emite un pronunciamiento sobre un caso y este tiene como efecto la vinculación de todos los Estados parte del Convenio a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal internacional al interpretar sus disposiciones. Un Estado miembro de la Convención no puede desatender las sentencias de la Corte para aplicar en un

caso en concreto; siempre deberemos tenerle como un paramento a seguir y como una situación ya interpretada por la Corte.

• **Resultados del análisis de la sentencia en el EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC:**

- ✓ Queda satisfecha la pluralidad de instancias con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas.
- ✓ Sin embargo, el Tribunal reconoce que la pluralidad de instancias deberá existir para las personas que han sido condenadas en materia penal, teniendo éstas acceso a poder apelar el fallo que las ha perjudicado o que mejor dicho, les ha condenado por primera vez en segunda instancia. Siendo así que, lo que busca proteger la pluralidad de instancias, cuando se trata de un proceso que limite la vida o la libertad, es la doble conforme para el condenado.
- ✓ El Tribunal ha considerado que aun cuando los colegiados sean instancias plurales, como advirtieron Vergara Gotelli y Bardelli Lartitigoyen, cuando se dé una sentencia condenatoria, deberá asegurarse que el condenado pueda apelar dicho fallo y preservar su derecho a la libertad por medio de acceso a un tribunal superior.
- ✓ Es innegable que el tribunal deja dicho que, las personas que hayan obtenido una condena penal, podrán impugnar esta ante un órgano de mayor jerarquía para revisar su condena, explicando aquí que el Tribunal no ha dicho “la persona que lleve un juicio penal” sino “la sentencia que le imponga una condena penal”; por tanto, la duplicidad de instancias no satisface los requerimientos de los Tratados Internacionales cuando se habla de la Condena del absuelto.
- ✓ Por su parte, Vergara Gotelli señala nuevamente que el derecho a la pluralidad de la instancia se satisface con el pronunciamiento en doble instancia respecto a una sentencia de fondo, es decir una decisión judicial que defina la controversia y/o

resolución judicial que ponga fin a la instancia. Ciñéndose aún más a la posición que siempre defendió y que estima que en el Perú, la doble instancia es todo lo que puede prever el legislador.

- **Resultados del análisis de la Observación General N° 32 de Comité De Derechos Humanos:**

- ✓ El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone 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.
- ✓ La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" se refiere a la determinación de las modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará a cabo la revisión; eso es lo que queda en manos de cada Estado: El modo en que dará cabal cumplimiento a este artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- ✓ El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se vulneraría no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva, sino también si se da una condena impuesta por un tribunal de apelación que genere la primera condena del acusado.
- ✓ No bastaría con una revisión que sea solamente por cuestiones de derechos, sino que debe poder verse cuestiones de hecho y valor probatorio por las que la persona fue condenada.
- El Comité de Derechos Humanos en casos de España sobre la casación ha advertido que: 1) La imposibilidad de que la condena y el fallo, fueran revisados íntegramente por el órgano superior, en este caso por la Corte Suprema vía

casación, hace que se tenga por vulnerado el derecho del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2) La revisión que efectué el Tribunal superior se deberá basar en un análisis integral del fallo condenatorio y de la pena impuesta; y que no se limite dicha revisión a aspectos formales o legales de la sentencia. No podre haber límites para la revisión en segunda instancia.

- La postura de Salas Arenas es que se produciría una *reformatio in peius cualitativa* que no podría ser apelada en vía ordinaria por el condenado y por dicha razón, se estaría vulnerando el derecho del condenado a acceder a un recurso efectivo que le brinde la posibilidad de la revisión de su condena en totalidad. Ante este hecho, mientras no se contemple un recurso efectivo de apelación para el acusado, la condena del absuelto sería atentatoria de derechos fundamentales y por tanto, inconstitucional; tal como lo asevero en la consulta elevada a la Corte Suprema por la Sala Superior que él presidía.
- Según Arsenio Ore Guardia, la primera condena dictada en segunda instancia, resulta un procedimiento inconstitucional y, por ende, contrario a la orientación acusatorio garantista del nuevo modelo y la Constitución Política; esto a razón de que al no haber un recurso ordinario de apelación, no podría usarse esta figura en el ordenamiento procesal-penal jurídico peruano; además de afirmar la violación al principio de inmediación que es base del nuevo proceso penal que hemos adoptado.

IV CAPÍTULO

- La condena del absuelto no es inconstitucional porque en esta figura no se evidencia la afectación a la Constitución Política o algún Tratado Internacional sobre derechos humanos; hemos de tomar en cuenta que, los detractores de esta figura la acusan de ser un procedimiento inconstitucional por su vulneración al principio de la pluralidad de instancias. Con la investigación realizada, encontramos que la figura ya mencionada es sólo un modo bajo el cual, el legislador decide otorgar estas facultades del *ad-quo*, pero al introducir esta figura, nunca antes usada en el Perú, no ha cometido atentado alguno contra el bloque de constitucionalidad o alguna disposición internacional.
- La figura de “la condena del absuelto” no afecta la Constitución Política ni algún Tratado Internacional de derechos humanos suscrito por el Perú; en cambio, hemos notado que podría generarse una inconstitucionalidad por omisión en tanto a la imposibilidad de apelar la condena de esta figura por vulnerar el principio-derecho de la pluralidad de instancias y el derecho a la “doble conforme” asegurado por este. Aclarando que la figura de la condena del absuelto no sería inconstitucional bajo ninguna medida; ya que no hay nada que impida la existencia de esta figura en el ordenamiento jurídico peruano.
- La inconstitucionalidad por omisión es la inactividad del órgano legislativo en cumplir, dentro de un plazo predeterminado por la Constitución Política o dentro de una plazo que pueda estimarse razonable, una obligación o encargo concreto atribuido a él por la norma fundamental; es decir, cuando el órgano legislativo omite legislar sobre un tema que le corresponde desarrollar a este.
- La figura de “la condena del absuelto” propiamente dicha no es inconstitucional, sin embargo, de la síntesis realizada, hemos encontrado que los Tratados, parte

fundamental para interpretación de la Constitución Política, nos exigen que se provea de un recurso eficaz a la persona condena (la doble conforme) y esto no se da después de que ocurre la figura de “la condena del absuelto”; ante esto dicho, considero que se está presentando una “inconstitucionalidad por omisión” en el ordenamiento jurídico peruano a razón de que estamos desatendiendo un derecho que emana de un Tratado y se ve reflejado en nuestra Constitución Política del Perú.

- La casación solo podrá encontrar solución a temas de derecho, pero no podrá entrar a deliberar en tanto a temas de hecho o pruebas; por tanto no podría servir para usarla como instancia ordinaria en caso, como dice la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, se presente una condena del absuelto en segunda instancia por error de derecho, cambio de valor probatorio por una prueba nueva o una prueba que no requiere inmediación, ya que de hacerlo, estaríamos yendo contra la naturaleza de la casación y olvidando su máximo fin: La uniformidad de la jurisprudencia y la igualdad de criterios al momento de juzgar a una persona. Su fin no es convertirse en una instancia ordinaria que pueda revisar todos los casos sino sólo algunos que sirvan para uniformizar criterios o ante errores de derecho provenientes de una sentencia que ha quedado firme.
- La casación no es un recurso pleno ni eficaz para satisfacer la pluralidad de instancias a la que nos obligan los Tratados Internacionales sobre derechos humanos puesto que La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha dado una serie de posibilidades en las cuales se podría presentar la figura de “la condena del absuelto”; casos en los cuales no habría un recurso ordinario de apelación para asistir al recién condenado en segunda instancia; ante esto, aun cuando la

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha intentado pacificar la contradicción encontrada en esta omisión del legislador, el Perú está violando la Constitución Política por medio de una omisión del legislador que no atendió un Tratado Internacional, como nos corresponde hacer por mandato del propio Tratado Internacional sobre derechos humanos (CADH y PIDCP).



V CAPÍTULO

- En la búsqueda de no seguir atentando contra los derechos humanos, sería sano por parte de los jueces de revisión, dejar de utilizar la figura de “la condena del absuelto” hasta que no se encuentre una solución a la imposibilidad de recurrir este fallo condenatorio; por tanto, podría tomarse esta auto-restricción de los jueces de segunda instancia como una solución, pero meramente temporal; ya que no podemos mantener esta omisión en nuestro Código Procesal Penal.
- Es recomendable el uso de una reforma legislativa puesto que, los decretos legislativos tienen rango de ley y recordando que nosotros nos regimos bajo el modelo legislativo bajo el cual, lo único que puede derogar una ley es otra ley, lo más recomendable es generar un proyecto de ley que nos haga salir de esta omisión inconstitucional en que nos ha puesto el legislador.
- **Resultados del análisis de las posibles soluciones aplicables al Perú:**
 - ✓ La primera solución acogida, es: Habilitación normativa de una tercera instancia en el proceso, a cargo de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema u otra Sala Penal de la Corte Suprema.
 - ✓ La segunda solución acogida, es: Inhabilitación normativa de la condena del absuelto en el Código Procesal Penal, dejando solo la opción de confirmar o declarar nula la sentencia absolutoria de primera instancia. En caso de una declaración de nulidad, deberemos repetir el juicio de primera instancia.
 - ✓ la tercera solución presentada, es: Deshabilitación normativa de la facultad de apelar el fallo absolutorio por parte del fiscal, querellante o parte civil; dejando al acusador o querellante como única opción, conseguir la condena en primera instancia.

- **Resultados del análisis de la legislación comparada:**
 - ✓ Hay una notoria inclinación por países como: Chile, Argentina, Costa Rica, Alemania y España, que tienen una tendencia por preferir el proceso a instancia única. No otorgando recursos ordinarios de revisión ni al condenado ni al acusador.
 - ✓ Dentro de los países ya mencionados con proceso a instancia única, se recurre a un recurso extraordinario, sea la casación o la nulidad, para asegurar la doble conforme tanto para el acusado como para el acusador.
 - ✓ El único país que considera la opción de abrir una tercera instancia es Chile; mientras los otros países, confían en la casación para satisfacer la doble conforme y aunque en algunos se puede condenar en esta instancia extraordinaria como en Argentina o España, no se cuenta con un recurso efectivo para recurrir el segundo fallo. Hemos de hacer notar que precisamente estos dos países, han tenido cuestionamientos por la Corte IDH y Comité de Derechos Humanos de la ONU respectivamente.
 - ✓ Hemos de tomar en consideración que ningún procedimiento procesal penal ha acogido la idea de tener tres instancias dentro de su proceso penal de modo ordinario, salvo Chile y que la ve a forma de “excepción de la excepción”.
 - ✓ Con doble instancia cuentan países como Estados Unidos de Norteamérica, Colombia, México e Italia; haciendo notar que para los Estados Unidos de Norteamérica solo hay segunda instancia para el condenado, e Italia cuenta con una casación amplia que revisa el caso y los hechos en caso de condena de segunda instancia; mientras, Colombia y México no han explicado el modo por el que darían por satisfecha la doble conforme.

- Legalidad y legitimidad no son lo mismo; para plantear una solución legítima debemos buscar que sea: Aplicable, que respete la ley fundamental y sea justa.
- Todas las figuras respetan la Constitución Política de 1993 y son factibles de poner en práctica en nuestro ordenamiento jurídico; por tanto, cualquier de las tres cumple con los dos primeros requisitos.
- Para saber exactamente cuál de las tres propuestas usar en nuestro sistema jurídico interno por ser la más justa, necesitamos saber lo que es justo y lo que no lo es dentro en el ámbito de la Justicia Procesal Criminal.
- Para saber lo que es justo en el ámbito de la Justicia Procesal Criminal, se necesita saber los principios que rigen esta rama del derecho. Principios que no han sido encontrados; ya que es diferente: Principios del proceso, Principios del Procedimiento Penal, Principios del Sistema Procesal penal y principios del Derecho Procesal Penal; he ubicado los tres primeros, pero no lo principios del Derecho Procesal Penal.
- **Resultados del análisis de “la teoría de la justicia” de Jhon Rawls:**
 - ✓ Rawls otorga prioridad absoluta a la justicia y la entiende como la primera virtud de las instituciones sociales por sobre todas las cosas.
 - ✓ Concibe una idea de sociedad definida como una asociación de personas que reconocen ciertas reglas o pautas públicas de conducta a obedecerse.
 - ✓ Como nos encontramos en una sociedad que se maneja bajo ciertas reglas o pautas; afirma la necesidad de contar con un conjunto de principios de justicia que permitan definir el modo de elegir esas pautas o reglas.
 - ✓ Admite la existencia de diferencias entre las personas acerca de lo que estiman justo o injusto en la sociedad en vista de que no todos piensan igual o poseen los mismos recursos, pero este reconocimiento particular de justicia en cada persona

no anula que asuman la importancia de contar con un conjunto de principios que normen las reglas de la sociedad en general.

- ✓ Se necesitan los principios para poder hallar justicia en una sociedad al momento de aplicar normas sociales. Sin ellos es imposible saber lo que es justo y lo que no lo es.
- ✓ Explicita que cualquier teoría ética, o mejor dicho concerniente al actuar del hombre acorde a su moral, deberá incluir principios para crear normas dentro de una sociedad.
- ✓ Rawls indica que los principios regulan los derechos, deberes, los beneficios y los tipos de cooperación social aceptados en la estructura básica de la sociedad.
- ✓ Rawls afirma que para ser justo, uno debe hallarse en situación de imparcialidad; ante lo cual, no pueda favorecer sus intereses propios o buscar favorecer a alguien más.
- ✓ La posición original equivale a establecer un cierto procedimiento equitativo mediante el cual se elegirán unánimemente ciertos principios por los miembros de las sociedad, que independiente de quienes elijan y cuales sean los principios elegidos, serán asumidos porque se ha arribado a ellos siguiendo un determinado método bajo el cual, uno no conoce su situación original en la sociedad.
- ✓ La posición original se entiende primeramente como personas libres que poseen intereses y objetivos fundamentales en nombre de los cuales creen legítimo hacerse demandas mutuas en función de la confirmación de la estructura básica de la sociedad.
- ✓ Los sujetos en esta “posición original” participan de una situación ficticia bajo la cual no conocen su posición dentro de la sociedad, menciona que se encuentran

cubiertos por un “velo de ignorancia” acerca de las características de los que participan en ella.

- ✓ El primer principio a elegir exigiría la igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos; mejor dicho, el principio de libertad.
- ✓ El segundo principio mantiene las desigualdades sociales y económicas siempre, pero sólo cuando éstas producen beneficios para la consecución del primer principio.
- ✓ La libertad es casi absoluta puesto que sólo abre la opción de negar o restringir la libertad en determinados casos, pero siempre y cuando con esa acción se logre cambiar las condiciones de la civilización y se llegue a la libertad de igual modo.
- ✓ Rawls concibe que la elección de los principios antes señalados es lo más racional porque son una especie de solución máxima porque siempre los peores resultados serán superiores al peor resultado de cualquier otra opción.
- ✓ Rawls rechaza la estrategia MAXIMAX por presentarse altamente arriesgada ya que las posibilidades de perder son grandes al elegir principios definitivos.
- ✓ También rechaza la estrategia del MAXIUTIL, es decir la ponderación de la mejor posibilidad con la peor, porque en la posición original, el conocimiento de probabilidades es imposible o inseguro.
- Al extrapolar la “teoría de la justicia” Jhon Rawls para hallar los principios de la sociedad, al Derecho Procesal Penal para hallar los principios de esta rama del derecho; encontramos que efectivamente, lo primero que deberá preservarse siempre es la libertad de la persona y sólo como excepción la condena.
- Para el caso de la apelación, siempre deberé buscar preservar la libertad por ser la regla general; con lo que, al determinar quienes podrán acceder a ella, deberán hacerlo sólo quienes entren a defender la libertad, en este caso: el acusado o el

acusador, pero sólo para defender los intereses del acusado; no se daría esta opción al acusador por que condenar, que es la excepción, ya le fue brindada una vez y si lo hago dos veces sería “la excepción de la excepción”; ante lo cual, romperíamos los principios hallados y el orden establecido.

- Solamente se quitará al fiscal la posibilidad de apelar la sentencia condenatoria y las resoluciones que otorguen libertad al acusado; más, todas las otras posibilidades de impugnación quedan abiertas para hacer usadas por el Ministerio Público en su búsqueda de la condena del acusado; por tanto, podría apelar aún todas las otras circunstancias que se presenten dentro del proceso.
- El fiscal tiene abierta la vía de casación para hacer notar errores de derecho o vicios durante el proceso para conseguir que de este modo, se anule el juicio o se dicte condena; esto para que no se comenten injusticias al juzgar y dejar libre a una persona que merecería ser condenada.
- La preservación del derecho a la libertad personal está suficientemente justificado, de modo que la restricción o sacrificio del derecho a recurrir el fallo por parte del agraviado es constitucionalmente permitido al tener en la medida tomada, una solución idónea.
- El derecho de la víctima a apelar el fallo adverso se vería satisfecho en el marco del art. 407 del Código Procesal Penal. Si bien es cierto que solo podrá apelar el extremo de la reparación civil, esto ya estaba previsto en el actual Código Procesal Penal y por tanto, no habríamos hecho ningún cambio sustancial que limite los derechos de la víctima.
- El Ministerio Público no es el que actúa en representación del agraviado en un proceso penal; el Ministerio Público acusa y busca la condena de una persona en defensa de los propios intereses del Estado; pensar lo contrario es equivocado ya

que la víctima sólo tiene como opción buscar que se le restablezca lo dañado mediante la reparación civil.

- No hay modo de saber si el modelo propuesto funciona o no en otras sociedades, como en Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo; lo que corresponde es hacer una análisis de nuestra sociedad en particular y llevar a cabo los ajustes necesarios a nuestro sistema para que este modelo que proscribe la apelación al fiscal, sea pasible de llevar a cabo sin generar situaciones de impunidad para las personas que sí hayan cometido delito.



CAPÍTULO I

CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE “LA CONDENA EN SEGUNDA INSTANCIA DE QUIEN FUERA ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA”

SUMARIO: 1.1.- Nota preliminar. 1.2.- La constitucionalidad de las leyes. 1.3.- La pluralidad de instancias. 1.4.- La doble instancia. 1.5.- El principio-derecho fundamental de la pluralidad de instancias. 1.6.- Los Tratados Internacionales para el Perú. 1.7.- El nuevo modelo procesal penal peruano. 1.8.- ¿Qué es condenar en segunda instancia al absuelto en primera instancia?

1.1 NOTA PRELIMINAR.

En el siguiente capítulo se buscará dar, a grandes rasgos, los conceptos básicos que nos ayudarán a hacer el análisis de constitucionalidad de la figura de “la condena del absuelto”, tal como es mejor conocida la figura que se presenta al condenar en segunda instancia a quien fuera absuelto en primera instancia en un proceso penal. Pero antes, es menester recordar que el derecho es una de aquellas ciencias en la cual ni siquiera se tiene seguridad de que esta sea una ciencia propiamente dicha; uno de esos campos donde más ha costado a sus estudiosos conceptualizar. No es un tema simple la labor de definir el derecho o de hacerlo dentro de él; es tan complejo que muchas veces al hacerlo, se han dado conceptualizaciones discrepantes entre sí que generan confusiones o posturas encontradas por los doctrinarios. El Dr. Hart, ya dejó en claro la difícil misión de su definición: “Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta ¿qué es derecho?...No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas ¿qué es química? o ¿qué es medicina?, como la hay para responder a la pregunta ¿qué es derecho?”¹⁸. En la búsqueda de no caer en la ambigüedad al momento de discrepar y analizar en tanto al tema de fondo de la presente tesis, es saludable dejar sentados los conceptos rectores que han servido al autor para la elaboración de la presente tesis y así, prevenir las futuras disputas que podrían presentarse en tanto a los conceptos a utilizarse de aquí en adelante; ámbito que no es objeto de la siguiente tesis.

¹⁸ HART, H.L.A. (1968) El Concepto de Derecho (Traducción de Genaro Carrió), Buenos aires: Abeledo-Perrot, pág. 1.

Esto antes dicho con el objeto de no caer en el error de muchos: Dejar de lado el lenguaje cuando se habla de derecho. Rescato así, lo dicho por Paolo Grossi: “para la ciencia jurídica será siempre una gran debilidad no haber tratado las consecuencias de su paralelismo con los lenguajes”¹⁹; debilidad que pretendemos evitar, dando el marco suficiente a cada concepto que considero trascendente para el desarrollo que se pretende en el siguiente trabajo.

Para el propio Ludwig Wittgenstein, el lenguaje es *una forma de vida*²⁰, es decir que, por medio del lenguaje se podría llegar a una suma de conceptos que ayuden a llevar una vida en comunidad; indicó que los límites del lenguaje significan los límites del mundo. Por ello, el autor de esta tesis considera importante dar una suma de conceptos que hagan del desarrollo de los posteriores capítulos, un desarrollo más ágil y dinámico; tomando en cuenta además que, como también dijo Wittgenstein, el lenguaje no es solamente el que se expresa hablando; también lo escribimos con palabras o signos convencionales²¹. Para el derecho y por tanto para la presente tesis, esto es muy importante porque como se sabe anteladamente, una de las fuentes del derecho, la doctrina, se desarrolla sobre el lenguaje escrito precisamente. La doctrina es de suma importancia, tal como señala Llambías: “...La doctrina juega en la ciencia del derecho el mismo papel que la opinión pública en la política, el que es muy considerable, pues orienta la interpretación que cuadra efectuar del derecho y prepara, por su labor crítica y por el valor de la enseñanza, muchos cambios en la legislación y en la jurisprudencia...”²²; precisamente, recurriremos a la doctrina para poder llegar a nuestros conceptos rectores; se compilará una serie de autores que den noción de lo que

¹⁹ GROSSI, Paolo Citado por PONS, Marcial (2005) La primera lección del derecho, Madrid: MARCIAL PONS, pág. 33

²⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig (1953), Philosophical Investigations, Oxford: Blackwell, pag.19

²¹ Ídem.

se pretende conceptualizar. Así como lo hacen los jueces para fundar no solo sus sentencias sino casi cualquier resolución que emiten, el autor recurrirá a la doctrina como candil que le guíe por el camino en la búsqueda de hacer un correcto juicio de constitucionalidad de la figura antes mencionada; recordemos que Eduardo Antinori señaló: “La doctrina vale como expresión o traducción del derecho por la fuerza de convicción que ella es capaz de transmitir... una fuente científica del derecho, ya que es innegable por el sistemático conocimiento del ordenamiento jurídico que ella proporciona, al mostrar al intérprete todas las posibilidades del derecho positivo.”²³

El derecho, según Leonel Pereznieto y Abel Ledesma Mondragón, “es un producto cultural de la sociedad como lo son la música, la poesía, la filosofía, etc. A cada uno de estos productos culturales se les asigna una serie de conceptos propios a fin de construir su objeto de conocimiento o de expresión”²⁴; por ello, a fin de construir nuestro objeto de estudio, limitarlo y luego, centrarnos en la discusión de fondo que es “la condena del absuelto”, será de suma importancia explicar al lector: ¿qué es constitucionalidad? ¿Qué es condena del absuelto? ¿Qué es la pluralidad de instancias?, etc.

Para terminar con esta nota preliminar debo decir que, para entender un sistema jurídico, no basta solamente con saber la norma escrita como voluntad de legislador; la norma es solamente una de las fuentes del derecho, pero no se agota en ella y mucho menos se podría decir que es la más importante; es solo una fuente más²⁵; y aunque, se hará un juicio de constitucionalidad de una norma procesal penal, es indefectible recurrir a otras fuentes del derecho que nos den mayores luces sobre el análisis que se pretende hacer.

²² LLAMBÍAS, Jorge (1960) Derecho Civil. (Parte General) Tomo I, Buenos Aires: Editorial Perrot, pág. 88.

²³ ANTINORI, Eduardo (2006) Conceptos Básicos del Derecho, Mendoza: Editorial de la universidad de Aconcagua, págs. 41-42.

²⁴ PEREZNIETO CASTRO, L. & LEDESMA MONDRAGÓN, A. (1989), Introducción al Estudio del Derecho, Ciudad de México: Editorial Haría, Colección Textos Jurídicos Universitarios, pág. 78-79.

Tal como indicaron Leonel Pereznieto y Abel Ledesma Mondragón, un sistema jurídico no es un simple agregado de normas; se requiere que esas normas tengan relación y coherencia entre sí²⁶. Visto esto, es indispensable conocer si los artículos del Código Procesal Penal que están en cuestión al dar nacimiento a la figura de “la condena del absuelto”, encajan o no en el sistema jurídico peruano, si afectan derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política, o si van acorde al modelo que se pretende seguir dentro del nuevo Proceso Penal; todo ello se dará después de tener claro nuestro conceptos rectores, base de la discusión que se pretende.

1.2 LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.

La tesis que se presenta, pretende hacer un análisis de constitucionalidad a dos artículos del Código Procesal Penal Peruano del año 2004: El art. 425.3.b relacionado con lo escrito en el artículo 419.2 del Código Procesal Penal, artículos que dan nacimiento a la figura de “La condena del absuelto” en nuestro país; ¿qué quiere decir esto? que se procederá a hacer un análisis de constitucionalidad a partir de las posturas a favor y en contra que se han presentado en torno a esta figura en el ámbito de su constitucionalidad, abocándonos específicamente a lo dicho en la ley conforme a los parámetros que la Constitución de la nación ha impuesto; una Constitución enmarcada dentro de los márgenes de la bien llamada “constitucionalización del derecho”, propia del neoconstitucionalismo que estamos viviendo.

Paolo Comanducci citado por Angeles Ahumada, dice: “...Neoconstitucionalismo, una doctrina, explica, que se desarrolla en Europa en los últimos 30 años en íntima conexión

²⁵ SANTILLÁN DÍAZ, S., (2013), “Teoría del Derecho - Enrique Ghersi” (VIDEO), Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=CDSdlCJ6kGY&feature=youtu.be>

²⁶ Óp. Cit. PEREZNIETO CASTRO, L. & LEDESMA MONDRAGÓN, A., pág. 83.

con el fenómeno de la constitucionalización del derecho...”²⁷, partiendo , como dice el autor, de la Constitución y posteriormente, haciendo hincapié en el respeto a los derechos fundamentales y la supremacía de la Constitución, base de esta nueva etapa del derecho constitucional; dando por superado el positivismo y el iusnaturalismo imperante en Europa anteriormente y que no tomaban en cuenta a la Constitución; así, recordemos que Atria, nos dice: “Un nuevo fantasma recorre Europa –el fantasma del neoconstitucionalismo. Los poderes de la cultura jurídica europea han entrado en una santa alianza no para exorcizarlo sino para defenderlo e incluso exportarlo: jueces y abogados, académicos y profesores de derecho, intelectuales italianos y filósofos alemanes... promete libertad e igualdad, y que no pone en peligro nuestra capacidad para autogobernarnos democráticamente y el Estado de Derecho como gobierno de las leyes, y de hombres y mujeres”²⁸.

Estamos ante una etapa del derecho constitucional que en voz de Francisco Fernández Segado, es quizá uno de los fenómenos más resaltantes de los ordenamientos constitucionales de nuestro tiempo moderno: El de la globalización de la justicia constitucional²⁹. Es innegable que la defensa de la jerarquía de un orden supremo es consustancial a la propia humanidad por ende es inseparable de esta, y por tanto, de su propia historia. Siempre, a través del tiempo, se ha buscado garantizar la primacía de un orden superior, como el caso de los *Éforos* esartanos o del *Aerópago* y los *Nomofilacos* en Atenas, lugar donde también se dio la primera diferenciación entre normas superiores

²⁷ AHUMADA, A. NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO (A propósito de “constitucionalización y Neoconstitucionalismo de Paolo Comanducci”), pág. 1, de: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf

²⁸ ATRIA, F. (2004) La ironía del positivismo Jurídico, Doxa, Num. 27, pág. 118.

²⁹ FÉRNANDEZ SEGADO, F. (2005). La justicia constitucional ante el siglo XXI, la progresiva convergencia del sistema americano y europeo-kelseniano. Pensamiento Constitucional. Año XI (11), pág. 20-21.

y decretos ordinarios; pasando por la edad media, en la cual nos encontramos con la superioridad de la ley divina y el derecho natural sobre el derecho positivo; hasta llegar a la doctrina dada por el juez Coke en el célebre *Bonham's case* de 1610, en la cual se defiende el *common law* y su tradicional supremacía frente al parlamento.

Sea quizá en los territorios de las colonias inglesas de américa del norte, donde se reivindica más claramente la supremacía de un orden puesto por encima de las normas y sobre los posibles arbitrios del rey y del parlamento, evitando abusos de poder y excesos; es allí donde puede estar el rasgo más claro de defensa de la Constitución al dotar de *supremacy clause* a las cartas coloniales de américa del norte. Como dice Luther, es en la supremacía de la Constitución por la que se debe velar, como *superior paramount law* que deber ser *looked into by the judges*³⁰. Es en esos precedentes que nos avocamos para entender la razón del porque una ley puede ser revisada o puesta bajo la luz de la Constitución; como fuera en su tiempo, según Enrique Pesnata Uribe y Roger Rodríguez Santander, un medio para oponerse a los discursos monárquicos y llenos de arbitrariedad, y buscar proponer una organización social distinta³¹. Hoy en día, usamos la Constitución política ya no para oponernos a regímenes monárquicos abusivos sino, para oponernos a arbitrariedades que podrían radicar de la propia ley, del abuso del poder de los gobernantes o desatenciones del legislador; todo ello a través del control constitucional y el respeto de los principios que emanan de la carta magna.

Por lo que podríamos decir que, velar por la Constitución de la nación será tanto como salvaguardar la propia libertad y un amplio conjunto de valores sobre los que se asienta la convivencia social y, por lo mismo, el gobierno de la colectividad. Tal como luego

³⁰ LUTHER, Jörg. (1990) *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*. Torino: G. Giappichelli Editore, pág. 24.

³¹ PESNATA URIBE, E. & RODRÍGUEZ SANTANDER, R. (2009) *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: El búho, pags.100-101

diría Wilson, es un *constitutional government*: Un modo de ejercer el poder en torno a la Constitución y no obviarla u olvidarla³².

Para tener claro a qué se refiere la constitucionalización de las normas de la que nos habla el neoconstitucionalismo, nos remitiremos Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo, del grupo “Constitucionalismo crítico”, El cual lo define como: “...La expresión constitucionalismo evoca tanto técnica como una ideología, ambas orientadas a asegurar la limitación del poder y la garantía de los derechos a través de normas constitucionales...”³³; además, Susana Pozzolo citada por Angeles Ahumada, dice que es “...cierto enfoque del derecho, compartido por un grupo de iusfilósofos que coinciden en poner el acento en ciertas nociones (Principios vs. Normas, ponderación vs. Subsunción) y en desplazar su atención de la ley a la Constitución y del legislador al juez... aquello que distingue a la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional, el modelo axiológico de la Constitución concebida como norma, conforme al cual la autoridad y carácter vinculante de la Constitución remiten a una justificación de carácter moral, que se halla en los contenidos de esta norma...”³⁴

Pues bien, tenemos claro que lo que debemos asegurar es la garantía de derechos y valores a través de normas constitucionales, así como ponderar la norma constitucional sobre la norma ordinaria en todo momento y ante cada caso (superando el positivismo); para ello, hemos de recurrir siempre a la Constitución, que es el texto donde se verán reflejados los derechos, principios y valores fundamentales de una sociedad; el propio Tribunal Constitucional Peruano ha dado un sumo valor a la Constitución Política como supremo rector de la demás ramas del derecho al decir que, “la Constitución no sólo es

³² WILSON, Woodrow. (1908) *Constitutional Government in the United States*. New York: Columbia University Press, págs. 13-14.

³³ BASTOS PINTO, M., CALIXTO PEÑAFIEL, I., CONDES, C., Grupo Constitucionalismo crítico. (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima: Editorial El Búho. Pág.64

una norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran...”³⁵; en esa misma sentencia, el Tribunal Constitucional, declaró que todas las normas no solo no deben ser contrarias a las disposiciones de la Constitución sino también, se deberá aplicar la legislación acorde a la defensa de lo que emana de la Constitución de la nación para cada caso en concreto que se revise.

Es así que, la Constitución no solo se convierte en norma política y que constituye el viejo concepto político de Constitución, sino además, el reconocimiento de que ella es norma fundadora de un sistema jurídico entero, tal como dijo Gerardo Eto Cruz³⁶. Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en igual medida, ha declarado que: “... La Constitución no solamente es una norma de rasgo eminentemente jurídico, sino que el fortalecimiento del régimen democrático irá condicionado a su validez y eficacia”³⁷; por ello, si pretendemos procurar la preservación de un estado democrático, es necesario que demos la debida observancia a la norma suprema como voluntad del constituyente y guardián propio de su deseo.

Es decir, nos encontramos notoriamente ante una nueva etapa del derecho, una etapa que, como dice Luis Pietro Sanchís, está marcada por el estado constitucional de derecho, con rasgos esenciales, como la incorporación del texto constitucional a las distintas normas y así, saber que puede y que no puede mandarse dentro de un Estado; es evidente que una norma podrá ser revisada siempre por la Constitución al ser esta una norma de suprema jerarquía en el ordenamiento jurídico³⁸. Así es que podremos

³⁴ Óp. Cit. ÁNGELES AHUMADA, págs. 3-4

³⁵ STC EXP. N.-0020-005-PI/TC, f.j. 19.

³⁶ ETO CRUZ, G., MESINAS MONTERO, F., VILELA CARBAJAL, K., BENAVENTE, H. (2011). El Tribunal Constitucional Reescribe El Derecho. Lima: Editorial El Búho, pag.12

³⁷ STC EXP. N.-0140-2003-PI/TC, f.j. 2.

³⁸ PIETRO SANCHÍZ, L.(2003) Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, pág. 101.

identificar, según lo ha definido Hesbert Benavente, un fenómeno denominado la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la cual se traduce en un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión termine impregnado por normas constitucionales y enmarcado en el respeto de la dignidad del ser humano³⁹.

Diremos que, la Constitución, ha dejado en el pasado su noción de norma que se dedica a enunciar los principios de valor declarativo o persuasivo para pasar a una nueva etapa en la que se le ve como aplicable a todo el ordenamiento jurídico, como indicó, Samuel Abad Yupanqui ⁴⁰. Es eso, precisamente, a lo que queremos llegar, a una constitucionalización del derecho: Un modelo en el cual la Constitución del Estado se vea inmersa en toda la normatividad y pueda medir la legitimidad de las leyes a través de juicios de constitucionalidad que pueden ser encargados a diversas instituciones o tribunales. Los juicios de constitucionalidad que se pretendan, deberán ponderar la norma que se dicte o pretenda dictar, a la Constitución; así, citó Zagrebelsky, al decir que: “... Ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva por irradiación a través de la soberanía del estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro al que alcanzar que como centro del que partir...”⁴¹; debemos ver la Constitución ya no solo como un pilar que da inicio al ordenamiento jurídico sino como un fin de este mismo.

En tanto a este “Estado Constitucional” que hemos evocado en torno a la Constitución como centro al que debemos procurar como meta, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea, nos dicen: “Constitución, en su sentido más amplio, hace

³⁹ ETO CRUZ, G., MESINAS MONTERO, F., VILELA CARBAJAL, K., BENAVENTE, H., Op. cit. Pág. 162.

⁴⁰ ABAD YUPANQUIE, S. (2003) La Interpretación Constitucional De La Ley. Lima: Palestra Editores. Pág. 12.

referencia a la estructura de un organismo político, es un estado: al diseño y la organización de los poderes de la decisión colectiva de una comunidad... Cualquier estado o unidad política tendría una Constitución...”⁴², por ello, el Perú, al ser un Estado, está enmarcado dentro de una Constitución que le sirve como guía y que poco a poco, se va adueñando de las demás ramas del derecho, así dicen los mismos autores, Mac-Gregor y Zaldivar, cuando agregan que en la teoría del derecho, el uso de la expresión constitucionalismo, se define como una organización jurídico-política, bajo la cual, el positivismo ya no ofrece una base teórica adecuada para dar cuenta a lo que sí puede responder el constitucionalismo⁴³; este nos obliga a ir más allá de lo escrito en las normas y vernos inmersos en análisis que supere lo dicho allí. Debemos abocarnos a estimar más la Constitución y el respeto de la voluntad del constituyente.

Además, es indispensable conocer este tema antes mencionado, para saber exactamente a qué se refiere el hecho de hacer un juicio de constitucionalidad, reconociendo primero que, la Constitución está por delante del texto de la norma y se debe afianzar su respeto como tal delante de las demás normas jurídicas. El maestro García Toma indica que, el derecho constitucional mantiene un estrecho vínculo con todas las otras disciplinas jurídicas en razón de que es quien establece los principios sobre los cuales estos deben actuar, legislando así, en directa relación con la Constitución⁴⁴. Llegamos así a la conclusión que todo acto legislativo sea una norma, código o reglamento, tiene que estar bajo la observancia de la Constitución, sin excepción, y si se generará alguna duda sobre su validez, recurrir a la propia Constitución para salvar la duda y revisar el orden de la supremacía y la defensa de los derechos que emanan de ella. Así, Konrad Hesse, citado

⁴¹ ZAGREBELSKY, G. (2011) El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, pág. 14

⁴² FERRER MC-GREGOR, E. & ZALDIVAR LELO DE LARREA, A. (2009) Constitución, Derecho y Proceso. Lima: IDEMSA, Pag.58

⁴³ Óp. Cit. FERRER MC-GREGOR, E. & ZALDIVAR LELO DE LARREA, A., Pág. 59.

por García Toma, dice: “... Cualquier tipo de nación que pretenda perdurar, precisa de una ordenamiento formado y ejercitado conforme su voluntad; que haya delimitado su ámbito y regulado en él y para él la condición de sus miembros”⁴⁵. En otras palabras, es primordial que el ordenamiento formado en torno a la Constitución Política, no afecte ninguno de los derechos que se ven desarrollados en la carta magna de ningún modo y en ningún momento, antes o después de la promulgación de la norma; en caso ser así, estamos legitimados para hacer evidente la afectación y subsanarla.

En vista de todo lo ya dicho anteriormente, concretamos que la Constitución de la nación es de suma importancia para el ordenamiento jurídico y para que este, esté acorde al respeto de los derechos fundamentales y valores constitucionales; pero aún nos falta saber, quién es el encargado de su custodia y preservación, para ello, Jorge Carpizo, nos recuerda que el Tribunal Constitucional es el guardián supremo pero no único; este juega un rol primordial en la preservación de libertades, controlando la constitucionalidad de las normas y actos de los poderes constituidos, pero no es el único encargado de dicha labor sino también, tenemos a la sociedad, que debe sentirle como producto suyo y debe estar dispuesta a su defensa integral⁴⁶; en este caso, el autor como parte de la sociedad, se animó a hacer un análisis constitucional partiendo de las premisas que ya sabemos que se deben cumplir en el afán de preservar la Constitución Política y su soberanía por encima de la demás normas de inferior jerarquía.

Para terminar, hemos de decir una cosas más; tal como dijo Jorge Cáceres Arce, el Estado contemporáneo toma como problemática principal ya no la titularidad de la soberanía sino la defensa del Estado a través de la defensa de la Constitución, como una

⁴⁴ GARCÍA TOMA, V. (2010) Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Arequipa: ADRUS. Págs. 366-367

⁴⁵ KONRAD, H. citado por GARCÍA TOMA, V., Ibíd. Pág. 477

⁴⁶ CARPIZO, J. (2009) El tribunal Constitucional y sus Límites. Lima: Grijley. Págs. 35-36.

búsqueda de la unificación del mundo en paz⁴⁷; tomando dichas palabras, el presente trabajo busca la defensa y respeto de la Constitución, al hacer un examen de constitucionalidad de una figura, en la búsqueda de paz social y buen desenvolvimiento del derecho en ciertas normas jurídicas.

1.3 LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS.

Pues, llegado a este punto, una vez analizada la posibilidad de juzgar una norma procesal penal a la luz de la Constitución del Estado y confirmando tal posibilidad; es necesario identificar y desarrollar el posible derecho que se estaría afectando con la “condena del absuelto”; ello será lo primero a definir, puesto que necesitamos conocer a fondo el supuesto derecho que se estaría atacando para así establecer hasta qué punto se daría su supuesta violación y la razón de que se le esté violentando. Cuando se denuncia el ataque a un principio fundamental, como es el caso, es menester saber los alcances del derecho y conocer las posturas de la doctrina sobre este. Procedemos a hacer una breve explicación de lo consistente en la pluralidad de instancias.

Para empezar, debemos definir, qué es una instancia y así saber, a qué se apunta cuando se habla de la pluralidad de esta, para ello, Eugenia Ariano Deho, nos dice: “... Instancia implica el integro desarrollo del proceso (se entiende declarativo), es decir, desde el inicio (con la demanda) hasta la sentencia, pasando por todas las etapas que este requiera para obtener un pronunciamiento sobre la demanda...”⁴⁸; podemos esgrimir que una instancia es aquello que comprende desde la presentación de la demanda hasta que se llega a un pronunciamiento por parte del ente encargado de emitir decisión sobre lo que se le solicita. A su vez, tenemos la siguiente definición dada por una enciclopedia

⁴⁷ CACERES ARCE, J. SEMINARIO: INSTITUCIONES POLÍTICAS COMPARADAS. Escuela de Post-grado de la Universidad Católica de Santa María. Arequipa. Pág. 19.

jurídica virtual: “...Se designa con este nombre cada conjunto de actuaciones practicadas, tanto en la jurisdicción civil como en la criminal, las cuales comprenden hasta la sentencia definitiva...”⁴⁹

Una vez entendido lo que comprende una instancia, nos avocaremos a la evolución de pluralidad de instancias en la historia; como advirtió Manuel Frisancho, es una medio utilizado mucho tiempo atrás, mucho antes de la edad media: Se le conoció en Egipto, en el *consejo de Sanhedrín* de la legislación mosaica, así mismo Grecia lo encontró en el *tribunal de los Arcontes* y no podía faltar Roma, otorgando el derecho a los ciudadanos de usar el *Provocatio ad populum*⁵⁰. Todo esto es el nacimiento de este derecho, las primeras puestas en escena de un derecho que se fundamenta en la defensa de quien fue menos beneficiado en alguna decisión que le genera un perjuicio.

La historia en nuestro país es muy distinta, en el Perú antiguo no existía la pluralidad de instancias ni un acercamiento remoto a esta, conforme anota Catacora Gonzales, el acusado de un delito al ser capturado era puesto a disposición del Inca o curaca, con lo cual el juzgamiento llevaba apenas un solo acto con la asistencia de testigos; culminándose este con la ejecución inmediata de la sentencia⁵¹. Ya vemos que nuestro país adquiere la pluralidad de instancias como un efecto de la colonización; no es un derecho que tengamos inmerso en nosotros, sino uno que hemos adoptado producto de nuestra mezcla cultural y absorción de otros modelos de juzgamiento.

Hemos de tomar en cuenta, además, lo que dice Chioventa, pues la pluralidad de instancias tampoco fue conocida en el mundo continental en la edad media, cuando la

⁴⁸ ARIANO DEHO, E. (2011) Reflexiones (viejas y nuevas) sobre la pluralidad de instancias y el derecho de acceso a los medios impugnatorios regulados por la ley EN: CASTILLO CORDOBA, L. (2011) El debido proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales. Lima: Editorial: El búho, Pag.283.

⁴⁹ Enciclopedia jurídica virtual De: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/instancia/instancia.htm>

⁵⁰ FRISANCHO APARICIO, M. (2009). Manual para la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Rhodas, pág. 269.

justicia era impartida directamente por el rey o el pueblo; fue solo cuando se puso a los jueces a actuar en representación del pueblo, ya teniendo leyes de por medio, y estos cometían errores; y en lo regímenes monárquicos, cuando se otorgó facultad de decisión a los funcionarios subordinados al rey, que se permitió la impugnación ante un superior para dar posibilidad al culpado de una revisión⁵². Es así como nació la posibilidad de revisión de un dictamen, al poder haber un error al momento de emitir un juicio sobre cierto caso.

Aclarado el nacimiento de la institución, es momento de saber a qué se refiere la tan llamada “pluralidad de instancias”, para ello, citaremos a Lilia Judith Valcárcel Laredo, que dice: “La pluralidad de instancias constituye un principio y a la vez un derecho inherente a la naturaleza propia de la función jurisdiccional...se trata del ejercicio del derecho al recurso impugnatorio. Así, lo que resulta cautelado es que las decisiones de los jueces y tribunales, una vez terminada una etapa del proceso, pueda ser objeto de una ulterior revisión que tiene en cuenta su actuación y el fallo.”⁵³; por otro lado, tenemos a Susan Carrera Túpac Yupanqui, dice: “El derecho a la instancia plural es el fundamento a recurrir razonablemente las resoluciones ante las instancias superiores de revisión final, más aun si se ha reconocido este derecho en nuestra Constitución política del Perú... El derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial a la tutela jurisdiccional efectiva...”⁵⁴; y por su parte, Consuelo Aquize Díaz, al hablar de la pluralidad de instancias, dice: “El ciudadano que encuentra fallo agravante debe tener la posibilidad de que este sea revisado por una instancia nueva y que practique una

⁵¹ CATAFORA GONZALES, M. (1997) Manual de Derecho Procesal Penal, Lima: Rhodaa, pág. 69

⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. (1989) Instituciones del derecho Procesal Civil, Tomo II, Ciudad de México: Cardenas editor, pág. 108.

⁵³ VALCÁRCEL LAREDO, L. (18 de Julio del 2008). Blog Lilia Judith Valcárcel Laredo (<http://liliajudithvalcarcellaredo.blogspot.com>).De:<http://liliajudithvalcarcellaredo.blogspot.com/2008/07/la-pluralidad-de-instancia.html>

⁵⁴ CARRERA TÚPAC YUPANQUI, S. (Agosto del 2011). El absuelto puede ser condenado por el ad-quem en el CPP 2004. Gaceta Procesal Penal, TOMO 26, Pág. 250.

valoración idéntica... Se solicita el cumplimiento del derecho fundamental a la revisión del fallo...”⁵⁵; y para terminar con el ejercicio de englobar los conceptos en torno a la pluralidad de instancias, nos ceñimos a lo que dice Hesbert Benavente: “...El justiciable puede en cualquier audiencia obtener un doble pronunciamiento por parte del operador jurídico...”⁵⁶; es por ello que sostendremos que la pluralidad de instancias es, en propia cuenta, la posibilidad de recurrir un fallo que nos perjudique y hacer uso de los medios impugnatorios; dando así la posibilidad que la persona que se ha visto perjudicada con alguna decisión, pueda observar lo dicho en primera instancia y esto sea controlado por un tribunal o un órgano de instancia superior que emita un control del fallo.

Como ya se dijo en el párrafo anterior, este es un derecho que está reconocido en la Constitución Política del Perú plenamente, eso también lo deja ver, Eugenia Ariano Deho, al decir: “La Constitución vigente, reproduciendo a la anterior de 1979, ha consagrado como garantía judicial de la pluralidad de instancias (inc.6 al art. 139). Con ello nuestra carta ha confirmado que tal garantía tiene cobertura constitucional autónoma...”⁵⁷; el propio Tribunal Constitucional ha reconocido su importancia al esbozar que “el derecho a los recursos forma parte así 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 impostergable del contenido del debido proceso...”⁵⁸; para terminar, García del Río citado por Susan Carrera Túpac Yupanqui, dice que el derecho a recurrir (impugnar más precisamente) forma parte de

⁵⁵ AQUIZE DÍAZ, C. (2010) Revista de la Corte superior de justicia de Arequipa, Vol. XII Nro.1-2010, Edición Semestral Enero-Junio 2010, pág. 121-123.

⁵⁶ BENAVENTE CHORRES, H. (2013) El derecho a acceder a un recurso efectivo. EN SALAS BETTETA C. & OTROS (2013) Principios fundamentales del nuevo proceso penal. Lima: Editorial El Búho, Pág. 275.

⁵⁷ Óp. Cit. ARIANO DEHO, E., pág. 273.

⁵⁸ STC. EXP. N.- 1223-2002-HC/TC

los derechos fundamentales de las personas reconocidos en sede constitucional; se funda este en el principio de pluralidad de instancias⁵⁹.

Pero hemos de hacer notar, además, que tal como dice Eugenia Ariano Deho, la Constitución solo ha fijado a los peruanos la pluralidad de instancias, más no se sabe qué tan plural debe ser esta, dejando esto a la legalidad⁶⁰; por ello, lo único garantizado es un nuevo enjuiciamiento sobre una situación ya juzgada; garantizando como mínimo, la doble instancia. Eso es lo que nos da la pluralidad de instancias, la sola posibilidad de tener más de una instancia, no indicando exactamente cuantas más se tendrá. El objeto de dicha posibilidad radica, como dice Hesbert Benavente, en: "...garantizar a las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial, tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza"⁶¹.

Todo lo ya visto en torno a la pluralidad de instancias, tiene un doble sentido esbozado por Manuel Frisancho, el primero que es la necesidad psicológica del hombre de no conformarse ante una decisión, demostrando la imposibilidad de que un hombre se someta a la voluntad de otro cuando medie alguna posibilidad de verse afectado de algún modo; y el segundo que es, la mera posibilidad de que ante la precariedad del conocimiento humano, se genere un error en el juzgamiento⁶².

Para terminar, expondremos brevemente el modo en que se desarrolla este derecho a través de los recursos impugnatorios, como dice Henry Guillen: "Bajo los principios de la garantía del debido proceso y de la pluralidad de instancias... quien o quienes se consideran afectados por las decisiones del juez penal o estén disconformes con las

⁵⁹ Óp. Cit. CARRERA TÚPAC YUPANQUI, S. Pág. 249.

⁶⁰ Óp. Cit. ARIANO DEHO, E., pág. 283.

⁶¹ Óp. Cit. BENAVENTE CHORRES, H. Pág. 269

⁶² Óp. Cit. FRISANCHO APARICIO, M., pág. 269

resoluciones jurisdiccionales podrán interponer los recursos impugnatorios que la ley les franquea.”⁶³; por otro lado, Marco Antonio Angulo Morales, dice que “...dichos recursos constituyen un pilar fundamental para la litigación oral de las partes, por cuanto mediante ella se conseguirá obtener una resolución no solamente ajustada en derecho sino que permitirá a los sujetos procesales la obtención de una decisión judicial que ha sido sometida a la revisión debida...”⁶⁴; entonces, como conclusión, Manuel Frisancho, dice que: “tenemos que los recursos están dirigidos a resguardar el principio de legalidad formal y material de las resoluciones jurisdiccionales...”⁶⁵; es decir que, mediante los recursos es que vemos materializado nuestro derecho a acceder a la pluralidad de instancias dentro del sistema procesal penal peruano.

Con ello, hemos concluido lo concerniente a la pluralidad de instancias y su alcance; teniendo que la pluralidad de instancia es un derecho-principio reconocido en la Constitución de la nación que nos asegura la posibilidad de que un fallo sea revisado por un superior, pero no nos dice que tan plural debe ser este; lo único seguro es que será revisado lo que haya sido decidido.

1.4 LA DOBLE INSTANCIA.

Una vez desarrollado el tema de la pluralidad de instancias, conociendo que se ha reconocido que en la Constitución consta el derecho a acceder a más de una instancia para la revisión de un fallo, hemos ahora de abordar el tema de la doble instancia que, parece semejante al de la pluralidad de instancias, pero no lo son, cuentan con algunas diferencias que son sustanciales para el desarrollo de la presente tesis.

⁶³ GUILLÉN, H. Derecho Procesal Penal, Arequipa, fundación Luis de Taboada Bustamante, pág. 269.

⁶⁴ ANGULO MORALES, M. (2013). Principios fundamentales del nuevo proceso penal. EN SALAS BETTETA C. & OTROS (2013) Principios fundamentales del nuevo proceso penal. Lima: Editorial El Búho, Pág. 297

⁶⁵ Óp. Cit. FRISANCHO APARICIO, M., pág. 273

Aunque, existe la tendencia de considerar a la “pluralidad de instancias” y a la “doble instancias” como una misma situación o términos para un mismo concepto, son diferentes en esencia, es más, en la historia siempre lo han sido, tal como indica Eugenia Ariano Deho, al decir: “...hay que precisar que ni histórica ni teóricamente los modelos de pluralidad de instancias y el de la doble instancia coinciden... El modelo de la doble instancia encuentra su origen en la decisión “política” de los revolucionarios franceses, que en mayo de 1790, frente al dilema entre mantener la pluralidad de apelaciones o la abolición total de la apelación, adoptaron una fórmula intermedia: la de solo dos grados de jurisdicción”⁶⁶. Con ello, los franceses encontraron que dos instancias es más que suficiente; contentas o no las partes, deberán a tenerse a que su proceso sea solo revisado por un superior jerárquico; esa postura que se acogió después de la revolución francesa, es la que ha llegado al Perú y por ella se entiende a la doble instancia como la sola posibilidad de llevar a revisión lo que fue decidido por una sola vez. Es más, el Tribunal constitucional ha reconocido la diferencia existente del siguiente modo: “...el inciso 6) del artículo 139° no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia plural, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la doble instancia...”⁶⁷; al decir esto, el Tribunal Constitucional, ha dejado sentado que la diferencia entre uno y otro es evidente, no son los mismo y no se les puede confundir como tal.

Se podría decir que, se encuentra una diferencia de *Genus-Specie*, es decir, la pluralidad de instancias aborda el género que es el derecho a ser preservado al otorgar revisión de una fallo y que es, a su vez, reconocido por la Constitución; en tanto, la doble instancia es una de la variedad de posibilidades que existe para cumplir con la pluralidad

⁶⁶ Óp. Cit. ARIANO DEHO, E., pág. 277.

⁶⁷ STC EXP. N.-3261-2005-AA/TC, f.j. 3.

instancia, es solo una opción dentro de otras para poder tener por cumplido este derecho de las partes.

Pues bien, aclarada la diferencia entre pluralidad de instancias y doble instancia, pasamos a definir a lo que se refiere exactamente la doble instancia, Luis Guilherme Marinoni, dice: “El doble grado de jurisdicción comprendido como el derecho a la revisión de la decisión proferida por el juez que tuvo, por primera vez, contacto con la causa...”⁶⁸; a su vez, la segunda sala civil de corte superior de justicia de Arequipa, dice: “El derecho a la doble instancia consiste en la posibilidad que tiene el justiciable de poder recurrir, de una decisión judicial, ante una autoridad judicial de mayor jerarquía y con facultades de dejar sin efecto lo originariamente dispuesto, tanto en la forma como en el fondo...”⁶⁹; dicho esto, tenemos que dejar en claro que , la segunda instancia tiene plena facultad para poder dejar sin efecto todo lo que dictamine la primera, así lo dice Eduardo Couture, cuando señala: “...La sentencia de segunda instancia anulará la sentencia anterior, sus efectos son constitutivos y la invalidez del fallo...”⁷⁰.

Para terminar esta parte que concierne a la doble instancia, debemos acotar lo presentado por Montero Aroca: “En sentido jurídico estricto, cuando se habla de doble grado o doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen 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...”⁷¹; expresando de este modo que la doble instancia solo garantiza dos sucesivos exámenes, es decir, una sola revisión de la decisión del juez de primera

⁶⁸ GUILHERME MARINONI, L. (2011) El doble grado de jurisdicción, EN: CAVANI BRIAN, R. (2011) Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil, Lima: Editorial El búho, págs. 39-40

⁶⁹ STC. EXP. N.- 151-98-Arequipa.

⁷⁰ COUTURE, E. (2004) Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos aires: B de F, pág. 281

⁷¹ MONTERO AROCA, J. (1997) Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal. EN: GÓMEZ COLOMER, S. & OTROS (1997) La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann. Castellóde la Plana: Universitat Jaume I. Págs. 337-338.

instancia y un control que podrá variar lo expresado por el *a-quo* a partir de una revisión de lo que fuera dictaminado.

Hemos entonces, acordado que pluralidad de instancias y doble instancia, no son lo mismo en esencia. El autor de la tesis, considera que es una relación *Genus-Specie*, por lo que, será una tema a tomar en cuenta al analizar las posturas en favor y en contra de la condena del absuelto. El Perú asegura la pluralidad de instancias acogiendo la doble instancia como modo de poner en tutela el derecho de la persona a la pluralidad de instancias, pero se deberá analizar si esto basta para nuestros Tratados Internacionales cuando se le pone frente a la figura de la “condena del absuelto” en el Código Procesal Penal del 2004 y por tanto, para el respeto de lo expresado en la Constitución Política de nuestro país.

1.5 EL PRINCIPIO-DERECHO FUNDAMENTAL DE LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS.

Los diversos autores que han escrito sobre la figura de “la condena del absuelto” y han hecho un análisis constitucional de la figura, se han siempre referido a la violación de un derecho; es más, la mayoría de estos autores, han hablado más específicamente de la violación a un derecho fundamental. Lo que resulta ineludible en este tramo de la investigación es, saber a qué nos referimos cuando hablamos de una derecho fundamental, a qué se aboca, cuál es su demarcación, dónde se encuentra, etc. A todo ello nos avocaremos en la siguiente parte del capítulo, que tiene como finalidad conocer más acerca del mencionado derecho fundamental y además, saber si la pluralidad de instancias funciona también como principio constitucional.

Esta vez, empezaremos con el supremo interprete de la Constitución, ya que a mi entender, es en la Constitución donde se vela por la defensa de los derechos fundamentales. El tribunal constitucional ha dicho en reiterada jurisprudencia que, el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del “derecho fundamental a la pluralidad de la instancias”⁷². Como vemos, el Tribunal Constitucional se refiere a la pluralidad de instancias como un derecho fundamental dándole a este, tal título, pero sin aclarar la razón de que a este derecho le denomine así.

Para esclarecer las dudas, es primordial recurrir a la doctrina y así conocer el alcance que tienen un derecho fundamental: Luis Castillo Córdova, nos hace ver que expresiones tales como derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales, son expresiones usadas constantemente en la práctica jurídica y constitucional y que generan una confusión al no estar claramente definidas⁷³. Con ello, podemos expresar que, no existe una diferencia dada entre estos, pudiendo generarse así, más de una confusión al momento de una discusión como la que se pretende en la presente investigación.

Pues, evitando tal confusión en el desarrollo de la tesis, es necesario conocer la diferencia entre estos tres derechos; para Luis Castillo Córdova, la diferenciación entre estos tres hay que hacerla por separado; primero saber la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales, para luego explicar lo que es un derecho constitucional⁷⁴. Para comenzar, se hará la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales; con ello, el mismo autor, nos dice que, en primer plano la diferencia es: “derechos humanos sería una expresión que está reservada para significar

⁷² SSTC. EXP. 1243-2008-PHC, F. J. 2; EXP. 5019-2009-PHC, F. J. 2; y EXP. 2596-2010-PA; F. J. 4

⁷³ CASTILLO CÓRDOVA, L. (2005) Los derechos constitucionales, elementos para una teoría general. Lima: Palestra, pág. 39.

⁷⁴ Ibíd. pág. 40.

los derechos del hombre recogidos en las distintas declaraciones y pactos internacionales sobre derechos humanos... (Mientras que,) derechos fundamentales, estaría reservada para aludir a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno...”⁷⁵; teniendo esto, podemos afirmar que, en un primer momento, la diferencia entre estos dos son que los primeros son positivados en norma internacional mientras que, los segundos son positivados dentro del orden jurídico interno de un Estado.

En un segundo plano, la diferencia es que “los derechos humanos serán verdaderos derechos cuando estas pautas o criterios morales son incorporados a un ordenamiento jurídico... (mientras que,) derechos fundamentales se reserva para hacer referencia con la expresión derechos humanos, y que han sido recubiertos de todas las formalidades y características jurídicas...”⁷⁶; dicho esto, afirmaos que la diferencia es que los derechos humanos no son más que preceptos morales a seguir y que solo se convertirán en derechos fundamentales cuando estos sean positivados dentro de una norma que los haga obligatorios; claro, sin el perjuicio de que a un derecho humano se le puede invocar ante un tribunal, pero será luego de haber sido incluidos en norma jurídica positiva que se les pueda hacer aplicables dentro de un Estado.

Teniendo la diferencia entre ambos derechos, procedemos a definir lo que es el derecho constitucional, el mismo autor considera que en tanto a Derechos Constitucionales, “el empleo y significado de esta expresión es mucho más sencilla... se puede hacer referencia a ese conjunto de facultades o atribuciones de la persona que son recogidos y garantizados en la norma constitucional...”⁷⁷; vale decir, entonces, que los derechos

⁷⁵ Ibíd. págs. 40-41.

⁷⁶ Óp. Cit. CASTILLO CÓRDOVA, L. págs. 44-45.

⁷⁷ Ibíd. págs. 49-50.

constitucionales son simplemente aquellos que se encuentran dentro de la Constitución, sin más que su calidad de tales se desprende de su presencia en la Constitución.

Hecha la diferenciación a nivel general, conviene expresar ahora el caso específico del Perú en tanto a los DERECHOS FUNDAMENTALES, puesto que aquí, la cuestión es más entrecruzada aún, ya que hay una gran cantidad de artículos de la Constitución en el que son invocados indistintamente estos tipos de derechos: Derechos humanos⁷⁸, derechos fundamentales⁷⁹ y derechos constitucionales⁸⁰; por ello, para empezar acogeremos la definición que da el Tribunal Constitucional citando a Gregorio Peces-Barba, que señala: “(Derechos fundamentales comprende...) tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.”⁸¹; ahora que se conoce lo que es un derecho fundamental para el Tribunal Constitucional, es necesario saber la razón de que la pluralidad de instancias se encuentre en ese grupo.

Al intentar saber por qué la pluralidad de instancias, un derecho constitucional, es llamada por el Tribunal Constitucional un derecho fundamental, se cayó en cuenta que tal diferenciación, no existe en nuestro país; Luis Castillo Córdova, hace tal apreciación al decir: “...En el ordenamiento constitucional peruano con las expresiones derechos

⁷⁸ Cfr. Artículos 14, 44, 56.1 de la Constitución y la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución.

⁷⁹ Cfr. Artículos 32, 74, 137.2, 139 y 149 de la Constitución y el propio cap. I del título I “Derechos fundamentales de la persona”

⁸⁰ Cfr. Artículos 23, 137.1, 162 y 200 de la Constitución.

⁸¹ Tribunal Constitucional citando a PECES-BARBA, G. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37

humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales se hace referencia a una misma realidad, sin que exista nada jurídicamente relevante en su distinción...”⁸²; notamos que el constituyente peruano no ha pretendido hacer una diferenciación entre los mismos, esto se deja ver porque si se pretendiera hacer una clasificación de derechos en la Constitución, notaríamos que estos están dispersos por toda la Constitución y el art. 3 da la posibilidad de incluir más derechos; en ese caso, al hablar de derechos fundamentales, constitucionales o humanos, en el caso del Perú, podremos abocarnos a cualquiera de ellos sin temor a caer en error; en el caso en concreto de la pluralidad de instancias, ya sabemos que el Tribunal constitucional⁸³ ha optado por llamarle derecho fundamental.

Por último, toca saber, porqué la pluralidad de instancias es un principio a razón de que el Tribunal Constitucional también le ha llamado así: “...El derecho de acceso a los recursos constituye un elemento conformante del derecho al debido proceso, derivado del principio de pluralidad de instancia...”⁸⁴; para ello, es menester conocer la definición de principio constitucional, Sandra Daza y Rafael Quinche, dicen de el: “Un principio es un concepto fundamental sobre el que se apoya un razonamiento. Los principios jurídicos son cláusulas de derecho condensado que no tienen la misma estructura de las reglas, aunque están dotadas de significado jurídico externo e interno: externo, porque hacen parte del ordenamiento jurídico... pero además, tienen un significado interno por sí mismos, un contenido jurídico relativamente preciso...”⁸⁵; al decir que no tiene la estructura de una norma, quiere decir que no tiene una premisa y una consecuencia, pero que a pesar de esto, son parte del ordenamiento positivo al regirlo y además, cuentan con

⁸² Óp. Cit. CASTILLO CÓRDOVA, L., págs. 58-59.

⁸³ STC. EXP. N.- 3261-2005-PA /TC.

⁸⁴ STC. EXP. N.- 2596-2005-PA /TC. Fundamento 4.

un contenido jurídico implícito en él: una norma implícita que se debe seguir; además, Pablo Alonso, dice de los principios: “Los principios comportan reglas de aplicación generalizadas, pues el derecho positivo determina que es un específico ámbito de actuación regulativa deben seguirse ciertas pautas, comprendidas ellas en el núcleo más esencial de las relaciones Estado-individuo...”⁸⁶; teniendo este concepto es más fácil ubicar a la pluralidad de instancias en el marco de un principio puesto que se sitúa como una pauta para el derecho positivo que siempre se debe tener presente y que resulta de aplicación general en los procesos que se dan dentro del ordenamiento jurídico.

También es necesario saber la función del principio constitucional, y Gustavo Zagrebelsky, nos dice: “Los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico... en los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonado sobre las palabras...”⁸⁷; con ello abordamos que en realidad los principios, tienen por función desarrollar contenido constitucional para el caso en concreto, es decir, se usan caso a caso y no como una regla general a ser obedecida; se debe ponderar su uso en la realidad y saber el alcance del principio aunque, como ya se dijo, su significado es evidente al leerlo como es el caso de la pluralidad de instancias que propiamente dicho asegura más de una instancia; no pudiendo haber jamás solo una.

Ahora que sabemos, qué es y para qué sirve el PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, procedemos a evaluar lo que dice la Tribunal Constitucional en tanto a la pluralidad de instancias: “...es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo

⁸⁵ DAZA DUARTE, S. & QUINCHE PINZÓN, R. Proyecto de investigación: Finalidad de los principios y valores constitucionales en el contexto del estado social de derecho en Colombia. EN: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dc3.pdf>

resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior... existiendo un contenido esencial del derecho que, por estar garantizado por la propia Norma Fundamental, resulta indisponible para el legislador, es necesaria también la acción del órgano legislativo para culminar la delimitación del contenido del derecho.”⁸⁸; es decir, entendemos que la pluralidad de instancias es un derecho que puede ser invocado y un principio que sirve como eje de partida para ser desarrollado por el legislador; para ello, se servirá del principio expresado en el art. 139.6 de la Constitución como ente rector a la hora de la configuración legal por parte del legislador; en caso no se cumpla, estaremos ante una afectación a la voluntad del constituyente; tal como dice Eugenia Ariano: “...es una suerte de garantía de garantías, ósea y en buena cuenta un garantía del debido proceso mismo, porque es el más efectivo vehículo para, por un lado, evitar el ejercicio arbitrario del poder.... y para permitir corregir los errores del juez...”⁸⁹; está es una garantía a ser desarrollada en tanto al respeto por el principio y velar por su eficacia dentro del ordenamiento jurídico peruano. Así tenemos que la pluralidad de instancias comporta un derecho a ser reclamado cuando se pretenda hacer un juicio a instancia única y a la vez, un principio que es usado como piedra angular para el desarrollo del derecho mencionado y fundamento para la posibilidad de una instancia plural.

1.6 LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA EL PERÚ.

Como parte de la doctrina ha enfatizado, la figura de la condena del absuelto es una figura que violentaría el derecho fundamental a la pluralidad de instancias, pero no

⁸⁶ PABLO ALONSO, J (2006) Interpretación de las normas y Derecho Penal. Buenos Aires: Editores del puerto, pág. 63

⁸⁷ Op. Cit. ZAGREBELSKY, G., pág. 110

⁸⁸ STC. EXP. N.- 4235-2010-HC /TC. Fundamentos 11 y 12.

⁸⁹ ARINO DEHO, E. (2006) Pluralidad de instancias. La constitución comentada – Tomo III, Lima: Editorial El búho, pág. 517.

solo visto este derecho como lo expresado en el art. 139.6 de la Constitución Política sino también concordado a lo que se expresa en los Tratados Internacionales firmados por el Perú. En esta parte, atenderemos la importancia de los Tratados Internacionales para el Perú y analizaremos el rango que tienen estos dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno; todo esto servirá para que cuando se lleve a cabo del juicio de constitucionalidad de la figura ya expresada, se tenga presente este punto y saber en qué medida son importantes los tratados para llegar a buen puerto en el análisis que se pretende.

Es necesario recordar que la historia de los derechos humanos va íntimamente ligado a la historia del Neoconstitucionalismo, aquel que pretende que los ordenamientos jurídicos estén trastocados con un mero pensamiento constitucional en su interior; tal como dice Luis María Díez-Picazo citado por Francisco Carruitero Lecca: “La historia de las declaraciones de derechos está íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo, esto visto como la doctrina que propugna la limitación y el control del poder político por medio del derecho...”⁹⁰, es decir, nos servimos de los derechos humanos para poder afrontar la problemática del abuso de poder y recordando ello, qué duda cabe que los Tratados Internacionales se han convertido en una suerte de medio por el cual, se reconocen estos derechos humanos y a la vez, se vincula a los países con su defensa e introducción dentro de los ordenamientos jurídicos internos.

Para hablar de los Tratados Internacionales para el Perú, antes es necesario saber a qué nos referimos cuando hablamos de un tratado; para ello, citamos a Charles Rousseau, que nos dice: “El tratado internacional se nos aparece como un acuerdo entre sujetos del

⁹⁰ DIEZ-PICAZO, L. citado por CARRUITERO LECCA, F. (2004) La teoría del poder como presupuesto de la teoría de los derechos humanos. FILOSOFIA DEL DERECHO, Lima: Lima Jurídicas, pág. 69.

derecho de gentes destinado a producir determinados efectos jurídicos...”⁹¹; por lo que podemos decir como primer eje que los tratados son acuerdos entre Estados u organizaciones de estado que producirán efectos entre las partes. Por otro lado, Anzilotti citado por Hugo Llanos Mansilla, dice: “...La expresión tratados, sin otra indicación, se emplea para designar, en general, los actos jurídicos internacionales bilaterales... acto jurídico internacional bilateral... el acuerdo de voluntades de dos o más Estados a los que el derecho internacional atribuye efectos determinados...”⁹²; es decir, aquel acto jurídico que necesariamente sea da entre un mínimo de dos partes, el cual ocasionara efectos jurídicos para estar partes de acuerdo a lo establecido en derecho interno. Por ultimo Fabían Novak Talavera, nos da una definición concreta que nos ayudará para el caso del Perú: “... El acuerdo de voluntades celebrado de forma verbal o escrita, entre dos o más sujetos del derecho internacional, destinado a producir efectos jurídicos y regulado por dicho ordenamiento...”⁹³; esta definición es la más precisa que se ha encontrado al conjugar el hecho de la cantidad de partes en un tratado y su finalidad como objetivo para que produzca efectos entre las partes que conforman el tratado de modo que, lo firmado no solo quede en letra muerta sino se reproduzca en el ordenamiento interno del Estado que se hizo parte.

No obstante, como el propio Fabían Novak Talavera dice, podría haber una confusión entre los términos protocolo, convención, tratado, pacto, etc.⁹⁴, y por ello ha enfatizado que el termino tratado a englobado todo lo concerniente a acuerdos internacionales, citando a Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Possé, dice: “Cualquiera sea su denominación

⁹¹ ROUSSEAU, Ch. (1966) Derecho Internacional Público, 3era edición aumentada y corregida por GIMENEZ ARTIGUES, Barcelona: Ariel, pág. 23.

⁹² ANZILOTTI citado por LLANOS MANSILLA, H. (1991) Derecho Internacional Público, Santiago de Chile: Edición Jurídica, pág. 125.

⁹³ NOVAK TALAVERA, F. (2005) Tratados. La constitución comentada Tomo I, Lima: Editorial El búho, pág. 757.

⁹⁴ Óp. Cit. NOVAK TALAVERA, F., Págs. 757-758.

particular: convención, pacto, acuerdo, carta, convenio, declaración, compromiso, protocolo, estatutos, notas reservales, acta, reglamento, etc., en todos los supuestos se define a un mismo negocio jurídico generalmente identificado como tratado...⁹⁵; por ello, es bueno reconocer que la comisión de relaciones exteriores del congreso constituyente democrático (CCD), con buen razonamiento, optó por mantener el término “tratado” como única palabra utilizada para nombrar a los Tratados Internacionales para la Constitución, evitando así la confusión que, por ejemplo, se da con la palabra derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales, tema que ya fue tocado en el punto anterior.

Sabiendo a qué se refiere un tratado internacional, analizaremos el tema de los Tratados Internacionales desde dos artículos de la Constitución; específicamente los artículos 55 y la cuarta disposición final y transitoria; el primero concerniente a los Tratados Internacionales en general y el segundo que habla de los Tratados Internacionales en tanto a derechos humanos.

En tanto al artículo 55 de la Constitución Política del Estado, como señala Novak Talavera⁹⁶, la Constitución política del Perú de 1993 no ha dejado mayores dudas respecto al carácter de rango normativo de los tratados. Por lo que, con lo antes señalado, los tratados aprobados tienen un rango de ley y por tanto, están sometidos al control constitucional. Esto lo expresa bien Tribunal Constitucional al decir: “... Adicionalmente cabe señalar que... el artículo 55 de la Constitución es una regla general para todos los tratados (dándoles rango de ley)...”⁹⁷; con esto, no da lugar a dudas y sin importar la naturaleza del tratado, que no sea de derechos humanos, la regla general es que estos tratados tienen rango de ley.

⁹⁵ MONCAYO, G. y otros, citado por NOVAK TALAVERA, F. Ibíd. Págs. 758-759

⁹⁶ Óp. Cit. NOVAK TALAVERA, F., Pág. 763.

En un segundo plano, pero no por ello menos importante, abordaremos el tema de los Tratados Internacionales desde la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, referido en plano a lo que nos interesa: Los Tratados Internacionales de derechos humanos en el derecho peruano interno y su rango. Conviene citar a la Corte Interamericana de Derecho Humanos en tanto a lo que versa sobre tratados de derechos humanos: “...No son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos... Al aprobar estos tratados de derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...”⁹⁸; siendo así, la Corte IDH ha dejado sentado que este tipo de tratados no son un tratado cualquiera sino uno que vincula al estado para con los individuos que se encuentren bajo su normativa; es ahí que nace la diferenciación entre uno y otro. No son lo mismo todos los tratados ni vinculan de igual manera a los Estados que se hacen parte.

No faltará quien diga que las disposiciones finales y transitorias de la Constitución no son parte de la misma como ocurrió en el caso de “los setenta y cuatro congresistas contra los artículos 1, 2 y 3 de la ley N.- 26281”; visto esto, el Tribunal Constitucional ha dicho que las disposiciones constitucionales “tienen fuerza vinculante y, por ello, integran el parlamento de control en cualesquiera de los procesos constitucionales...”⁹⁹; así se tiene entonces que, las disposiciones finales y transitorias son de carácter obligatorio para todos los que aplican e interpretan la Constitución, tanto para el Tribunal Constitucional como para los operadores del derecho que deban sujetarse a lo

⁹⁷ STC EXP. N.-0047-2004-AI/TC, párrafo 22.

dicho por la Constitución al emitir resoluciones o fallos que deberán, necesariamente, fundarse en lo expresado también en las disposiciones finales y transitorias.

Entonces, a lo ya dicho, concluimos que la cuarta disposición final y transitoria establece una interpretación conjunta de los tratados con la Constitución, seguiremos a Francisco Morales Saravia, que dice: “...La cuarta disposición final y transitoria establece la integración interpretativa de los tratados relativos a los derechos humanos, incluso otorga a la Declaración Universal de Derechos Humanos, que no es un tratado, un status especial para la interpretación de los derechos y libertades...”¹⁰⁰; podemos decir que, los Tratados Internacionales que versen sobre derechos humanos, deberán servir como integración interpretativa, es decir, se deberá interpretar la Constitución a la par de estos; como dice el mismo autor: “Los Tratados Internacionales de derechos humanos deben aplicar, para, por vía interpretativa, configurar sentido, alcance y perfil exacto del contenido de los derechos y libertades que la Constitución reconoce... de este modo, los tratados de derecho humanos forman parte del parámetro de constitucionalidad en materia de interpretación de los derechos y libertades...”¹⁰¹; y ya con esto podemos decir que estos tratados forman parte del bien llamado “bloque de constitucionalidad” al darles carácter de interpretativo para con lo concerniente a dar sentido a los derechos fundamentales de las personas.

Para terminar, nos referiremos al Tribunal Constitucional, que afirmó que los derechos reconocidos en Tratados Internacionales de Derechos Humanos forman parte de la estructura constitucional. Considerando a esta estructura, como el parámetro para la interpretación de derecho; todo ello lo hizo al decir que “nuestro sistema de fuentes

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la convención americana derechos humanos (arts. 74 y 75). Párrafo 29.

⁹⁹ STC EXP. N.-005-2003-AI/TC, fundamento 21.

¹⁰⁰ MORALES SARAIVIA, F. (2005) Tratados. La constitución comentada Tomo II, Lima: Editorial El búho, pág. 1182

normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución... son incorporados a través de la integración interpretativa...”¹⁰²; con esto deja zanjado el tema y señaló que estos Tratados de Derechos Humanos son parte del canon de interpretación constitucional, por ende, parte de la propia Constitución.

1.7 EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL PERUANO.

Como penúltimo punto a tocar en este primer capítulo, se hará una breve explicación del cambio de Código Procesal Penal en Perú, que no es un cambio cualquiera sino que significa un quiebre al abandonar los rasgos inquisitivos del Código de Procedimientos Penales para dar paso a un sistema acusatorio con tendencia adversarial, que está íntimamente ligado a todo lo expresado con anterioridad sobre los derechos humanos y la constitucionalización del sistema jurídico interno por lo que, repercute fuertemente en todo los operadores jurídicos y forma de abordar el proceso penal de aquí en adelante. Es quizá en los rasgos de este sistema procesal adoptado, donde podamos encontrar mayores luces sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la llamada: “condena del absuelto”, por esa razón es necesario conocer más sobre este modelo.

Peña Cabrera Freyre señala que, el Código Procesal Penal del 2004 fue promulgado a través del decreto legislativo N.-957, el 29 de Julio del 2004, pero se sostuvo su aplicación de modo progresivo a todos los distritos judiciales del país, es por ello que a la fecha se encuentra vigente en: Huara, La libertad, Moquegua, Tacna y Arequipa¹⁰³. Este nuevo código, ha trazado un nuevo horizonte para los operadores del derecho, ostentando la oralidad, el conocimiento de técnicas de debate y la demostración de

¹⁰¹ Óp. Cit. MORALES SARAVIA, F., Pág. 1182.

¹⁰² STC EXP. N.-007-2007-AI/TC, párrafo 13.

aptitudes para el debate oral que no solo son necesarios sino también indispensables para la defensa de la pretensión¹⁰⁴.

Antes de hablar del sistema adoptado es menester saber, qué es el derecho procesal penal; por ello, citaremos a Julio Maier, quien dice que “es la rama del orden jurídico interno de un estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad...”¹⁰⁵; mientras que por su parte, Mixán Máss sostiene que “es una disciplina jurídica encargada de cultivar y proveer de conocimientos teóricos y técnicos necesarios para la debida comprensión, interpretación y aplicación de las normas jurídicas procesales penales destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un procedimiento penal...”¹⁰⁶; teniendo en cuenta estas citas, podemos afirmar que el Derecho Procesal Penal es una rama del derecho público de un país que se encarga del estudio y aplicación de normas y principios que regulan la actuación procesal de una ley penal; quizá es por eso que sea como dice Beling: el derecho penal no le toca al delincuente un solo pelo, porque la aplicación de la norma penal siempre dependerá previamente de la actuación del procesal penal¹⁰⁷.

Entendido, qué es el Derecho procesal penal, procedemos a nombrar las 3 características básicas de este citadas por Arsenio Oré Guardia, que indica que el derecho procesal penal es, sustancialmente: 1) Un instrumento que constituye el medio de actuación del derecho penal sustantivo, 2) Una disciplina científica autónoma, pues se desenvuelve independiente del derecho penal sustancial, y 3) Es pública puesto que el interés privado

¹⁰³ PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2009) El nuevo proceso penal peruano, Lima: Palestra, págs. 5-6.

¹⁰⁴ Óp. Cit. PEÑA CABRERA FREYRE, A., págs. 5-6.

¹⁰⁵ MAIER, J. (2003) Derecho Procesal Penal, Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto, tercera edición, pág. 75.

de las partes no predomina¹⁰⁸; conociendo ello, podemos apegarnos a su postura al decir que, el objeto del derecho procesal penal es, en esencia, normas que regulan la potestad punitiva del estado en materia penal, principios que rigen el proceso penal y también conjunto de instituciones que pertenecen al ámbito procesal penal¹⁰⁹; dicho ello, también citamos a Víctor Jimmy Arbulú Martínez, que nos dice sobre el objeto del DPP: “El objeto de estudio de esta disciplina jurídica radica en todas las normas procedimentales de realización del derecho penal y de la organización judicial. La principal aparentemente lo tenemos en los códigos procesales; sin embargo, estas normas no pueden existir sin una interpretación sistemática con la Constitución política del estado...”¹¹⁰; teniendo esto en cuenta, el objeto del proceso penal es la obtención de justicia, pero no se puede desatender la Constitución y más bien debo basarme en ella; y pasa a ser una suerte de derecho constitucional aplicado al proceso.

Antes de abordar de lleno el tema del Nuevo Código y los matices que trae consigo, quisiera hacer especial referencia a dos fuentes del derecho procesal penal: La Constitución, que como dice Maier, sirve de “regla de orientación política que determina el sistema de enjuiciamiento penal y el contenido fundamental de las normas procesal propiamente dichas.”¹¹¹, por lo que ya vamos diciendo que la Constitución del Estado y el proceso penal son inseparables entre sí; y los Tratados Internacionales, que como dice Oré Guardia, son estos cuerpos normativos de carácter internacional, que contengan normas de carácter procesal, vinculantes, en especial el Pacto Internacional de Derecho

¹⁰⁶ MIXÁN MÁSS (1988), Derecho Procesal Penal, Tomo I, Lima: Ediciones Jurídicas, pág. 10.

¹⁰⁷ Óp. Cit. Beling Citado por MAIER, J., pág. 112

¹⁰⁸ ORÉ GUARDIA, A. (2011) citando a ASENSIO MELLADO, CLARÍA OLMEDO y MORAS MONN. Manuel de derecho procesal penal TOMO I, Lima: Editorial Reforma, págs. 23-24

¹⁰⁹ ORÉ GUARDIA, A. (2011) Manuel de derecho procesal penal TOMO I, Lima: Editorial Reforma, pág. 25.

¹¹⁰ ARBULÚ MARTÍNEZ, V. (2013) Derecho procesal penal TOMO I, Lima: Ediciones legales, pág. 8

¹¹¹ Óp. cit. MAIER, J., pág. 123

Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹²; a razón de lo expresado, ya es innegable que el DPP, debe sustentarse también en lo dicho por estos tratados de carácter internacional, no pudiendo desatenderlos u olvidarlos dentro del sistema elegido o al momento de interpretar la norma.

Ahora sí, conviene adentrarnos en lo que concierne a el nuevo sistema procesal penal, pero inmediatamente nace la pregunta, qué es un sistema procesal, para ello, Oré Guardia, nos dice: “Se define como el conjuntos de principios y reglas que rigen un determinado ordenamiento jurídico en la resolución de conflictos, entre otros, de naturaleza penal...”¹¹³; y líneas más adelante, nos brinda la definición de Vélez Mariconde: “...los regímenes procesales reflejan la diversa ideología política imperante en las distintas etapas de la historia, una distinta concepción del estado y del individuo en el fenómeno de administrar justicia...”¹¹⁴; con ello podemos concluir que los sistemas procesales no son más que la forma en la que un Estado entiende el modo de solucionar sus conflictos, todo esto respetando su ordenamiento interno, dentro de ellos la Constitución; y que además, es un fiel reflejo de la historia de una país; es por esa razón que, como dice Oré Guardia: no sorprende que la mayoría de países de América Latina, hubiesen adoptado el modelo inquisitivo y mixto durante el siglo XIX, como en el Perú con nuestro código de enjuiciamiento en materia penal de 1863, que era una código de corte inquisitivo y marcado Reglamento de España de 1835 y en el código de José II, por nosotros haber sido una colonia española, y en nuestro siguiente Código de 1920 pasamos a un sistema mixto, con el que nos quedamos hasta que se hizo la última reforma, pero en el que siempre predomino el rasgo inquisitivo de nuestro pasado¹¹⁵. En

¹¹² Óp. Cit. ORÉ GUARDIA, A., pág. 30

¹¹³ Ibíd., pág. 46

¹¹⁴ Ibíd. citando a VELEZ MARICONDE, A., pág. 46-47

¹¹⁵ Óp. Cit. ORÉ GUARDIA, A. pág. 61-64

conclusión, se reafirma una vez más, que el derecho es una clara muestra de lo que es el pasado de un país y su evolución.

Pues bien, llegado el momento de comentar cual el nuevo sistema adoptado por el Perú y sus principales características que podrían servirnos como medida para el análisis que haremos en los posteriores capítulos. Para ello, citamos a Binder que dice: “El nuevo modelo de orientación acusatorio asumido no es un modelo unilateral, sino dialógico; uno en el cual, la confianza no se deposita únicamente en la capacidad reflexiva del juez, en su *sindéresis*¹¹⁶, sino en la controversia, en la discusión dentro de una marco formalizado de reglas de juego que garantizan transparencia y juego limpio.”¹¹⁷; Oré Guardia, nos da las características básicas de este nuevo código; refiriendo que es la separación de funciones entre los inmersos en el modelo nuevo; correlación entre acusación y la sentencia que se dicte, ya no dejando discrecionalidad al juez de penar lo que le plazca; prohibición de *reformatio in peius*, tema a tocar más adelante; y presencia de un juicio oral, público y contradictorio¹¹⁸; sumado a esto, Christian Salas Beteta, dice de las características de un proceso basado en el sistema acusatorio: “importa entender al proceso penal como un conjunto de garantías constitucionales, esto es, como un conjunto de principios y garantías constitucionales que guían y gobiernan su desenvolvimiento...”¹¹⁹. Por esto dicho, notamos un cambio en el sistema procesal, ya no dejamos todo en mano del juez y lo que se busca es la tutela de los derechos de quienes fueron acusados a la luz de la Constitución de la nación y tomando esta como guía en la búsqueda de la tutela de los derechos inmersos en ella misma.

¹¹⁶ D.R.A.E. *Sindéresis*, es: “Discreción, capacidad natural para juzgar rectamente.”

¹¹⁷ BINDER, A. (2000) Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal, Buenos Aires: Editorial Ad hoc, pág. 50.

¹¹⁸ Óp. Cit. ORÉ GUARDIA, A. pág. 72

¹¹⁹ SALAS BETETA, C. JUICIO PREVIO, ORAL, PÚBLICO Y CONTRADICTORIO. EN: SALAS BETTETA C. & OTROS (2013) Principios fundamentales del nuevo proceso penal. Lima: Editorial El Búho, Pág. 8.

Es así que, como dice Manuel Miranda Estrampes, podemos concluir que el CPP peruano a abandonado el modelo inquisitivo apostando decididamente por la implantación de una modelo de corte acusatorio, donde el Ministerio Público toma especial relevancia al ser quien genera esta acusación¹²⁰; pero sin olvidar lo dicho por Seminario Sayán, que expresa “es una reforma en todas las perspectivas, al haberse inspirado en el respeto de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente...”¹²¹; siendo que este nuevo código se condice mucho más con el estado constitucional de derecho que se pretende implantar, “el diseño constitucional del proceso penal, eficiencia, eficacia, son orientados por principios de una estado constitucional de derecho... el valor normativo que la Constitución posee para el proceso penal...”¹²², dando así, una especial consideración a los derechos fundamentales que se desprenden de la Constitución Política y los tratados que, como ya hemos visto, la integran.

Visto todo esto, no podremos desatender la Constitución Política si pretendemos hacernos de este nuevo modelo. Necesariamente, cada vez que haya una duda en el Código Procesal Penal, como la que se genera con la figura de “la condena del absuelto”, deberemos recurrir a la carta magna para salvar la duda y seguir el camino del estado constitucional de derecho que nos hemos planteado seguir.

¹²⁰ MIRANDO ESTRAMPES, M. (2009) Comentarios al nuevo código procesal penal, Lima: Editorial Grijley, pág. 195.

¹²¹ SEMINARIO SAYÁN, G. (2011) Manual del nuevo código procesal penal, Lima: Editorial el búho, pág. 9.

¹²² PISFIL FLORES, D. (2013) Principios fundamentales del nuevo proceso penal. El modelo pragmático del CPP del 2004, Lima: Editorial el búho, Pág. 532.

1.8 ¿QUÉ ES CONDENAR EN SEGUNDA INSTANCIA AL ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA?

El último punto a tratar en ese primer capítulo es el concerniente al significado de la figura de “la condena en segunda instancia del absuelto en primera instancia”. A primera impresión parece fácil de definir, pero en el momento de la elaboración del proyecto de investigación, encontré personas que aun siendo estudiantes o docentes de derecho, no entendían la figura o no comprendían los alcances de la misma. Por lo antes dicho, el autor considera conveniente definir rápidamente la figura que pretende abordar, para poder empezar con el análisis de la misma en el capítulo que sigue.

Lo más importante es entender las dos palabras claves de tal enunciado: Condena y absolución; ambas, aunque parecen simples, no lo son y pueden conllevar a más de una confusión; por eso, el primer paso será definir ambas figuras. Para empezar, tenemos la condena, para la cual Guillermo Cabanellas, dice: “Testimonio de la sentencia condenatoria da el escribano del juzgado, para indicar el destino del reo... equivale a una sentencia o la parte dispositiva de la misma, constituye el pronunciamiento contenido en la parte de la decisión judicial donde, en una causa criminal, se impone una pena al acusado...”¹²³; por otro lado, Raúl Chanamé, dice: “... en derecho penal, la medida judicial represiva contra el autor de un delito o infracción...”¹²⁴; y por último, la definición que da el Gran Diccionario Jurídico Elemental, que versa: “del latín *condenatario*... no basta con que un acto humano esté considerado como ilícito y reprimible por la ley penal; es preciso también que aquel a quien se imputa haya sido juzgado y condenado por los tribunales como su autor...”¹²⁵; dicho esto, se concluye que

¹²³ CABANELLAS, G. (2001) Diccionario enciclopédico de derecho usual TOMO I, Buenos aires: Editorial Heliasta, Pág. 265.

¹²⁴ CHANAMÉ, R. (2009) Diccionario Jurídico – Términos y conceptos, Lima: Adrus, pág. 160

¹²⁵ GRAN DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL Tomo I (2004), pág.207

condena es el resultado de un proceso judicial llevado a cabo frente a un tribunal competente y que dicta una sanción para la persona que cometió la falta o delito.

El segundo término, es la llamada absolución, que es definida por Cabanellas como:

“Exención de culpa... Declaración de no ser procedente una demanda, acusación o recurso...”¹²⁶; mientras que Raúl Chanamé, dice: “Institución del derecho procesal, que consiste en la liberación de obligación pretendida, mediante, una resolución judicial...”¹²⁷; y para terminar, el Gran Diccionario Jurídico Elemental, agrega: “Liberación de cago... perdón de falta o pecado.”¹²⁸; con esto, se tiene que la absolución es declarar a alguien inocente en el derecho procesal, lo que quiere decir que no se pudo probar la pretensión que pretendía la condena y por ende, queda libre de cargos.

Teniendo definidos los conceptos de condena y absolución, podemos hacer la unificación para ver el alcance de “la condena del absuelto en primera instancia”. Para ello citamos a Oré Guardia, que dice: “la condena del absuelto se sustenta en la facultad del *ad-quem* de revocar la sentencia absolutoria de primera instancia, en base a la actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación.”¹²⁹; por su parte, el Ministerio Público de la defensa de Argentina, llama condena del absuelto a “...quien fue condenado por primera vez en segunda instancia por un tribunal que revocó una decisión absolutoria de primera instancia.”¹³⁰; y por último Roger Vargas Ysla, dice: “De acuerdo al código procesal penal del 2004, la condena del absuelto se sustenta en la facultad del *ad-quem* de revocar la sentencia absolutoria de primera instancia, en base a

¹²⁶ CABANELLAS, G. Diccionario enciclopédico de derecho usual TOMO II (2001), Buenos aires: Editorial Heliasta, Pág. 46.

¹²⁷ Óp. Cit. CHANAMÉ, R., pág. 160

¹²⁸ Óp. Cit. GRAN DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL., pág. 38.

¹²⁹ ORÉ GUARDIA, A. OPINIÓN PARA VI PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA, Pág. 1, EN: http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf.

¹³⁰ Ministerio Público de la defensa de Argentina. Otro triunfo de la defensa pública interamericana, boletín 83/2012, pág. 1, En: http://www.mpd.gov.ar/uploads/boletin/2010/Boletin6_2010.pdf

la actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación...”; por lo que como conclusión damos que: La figura de la condena del absuelto es la capacidad que es otorgada al juez de segunda instancia, o también llamado de apelación o revisor, para que condene a quien fuera absuelto, o librado de culpa, en primera instancia¹³¹; esto con el fin de favorecer la celeridad del proceso y evitar un “anulación excesiva”¹³². En los siguientes capítulos abordaremos la factibilidad de la figura dentro del ordenamiento jurídico peruano y sus alcances respectivos para llegar a una conclusión que nos evidencie si la figura atenta o no contra la Constitución Política del Estado o Tratados Internacionales a los que nos hemos hecho parte y si existe la vulneración al principio-derecho de la pluralidad de instancias.

¹³¹ NUÑEZ PÉREZ, F. (2013) La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal, Lima: GRIJLEY, pág. 13.

¹³² Ibíd. Pág. 30.

CAPÍTULO II

POSTURAS A FAVOR DE LA FIGURA DE LA CONDENA DEL ABSUELTO EN LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

SUMARIO: 2.1.- Nota preliminar. 2.2.- La condena del absuelto en primera instancia en el Código Procesal Penal. 2.3.- Posición de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú. 2.4.- Posición de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de justicia del Perú 2.5.- Pronunciamientos del Tribunal Constitucional con respecto a la pluralidad de instancias. 2.6.- La condena del imputado absuelto en instancia única en el NCPP. 2.7.- El Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2.1 NOTA PRELIMINAR

Llegado al segundo capítulo, corresponde ocuparnos del análisis que se propuso al inicio de este trabajo; aquí vamos a desarrollar cuáles han sido, hasta el cierre de la investigación, las posturas que, por un lado, definen la posibilidad de la figura de la condena en segunda instancia del absuelto en primera instancia por considerarla constitucional y viable, y por otro, las que han pretendido demostrar su postulado acerca de que la figura es atentativa contra derechos fundamentales y por tanto, inconstitucional. Este bloque, pues, estará dividido por estos dos apartados: el capítulo dos concerniente a las posturas a favor; y el capítulo tres que se encargará de lo concerniente a las posturas que cuestionan su validez.

Como primera observación, requiero aseverar que si queremos entender adecuadamente las relaciones entre los cambios sociales y las transformaciones que sufre el derecho a lo largo del tiempo, tenemos necesariamente que recurrir a la lógica dialéctica; es decir, al hecho de que antes de hacer cualquier aproximación acerca de un tema controvertido y realizar a una afirmación, será necesario llevarlo a debate de posturas, como es lo que se pretende en este caso. Necesariamente deberemos echar mano al método dialéctico, que no es más que conocer las posturas a favor y en contra del tema discrepante, posturas que no necesariamente deben ser opuestas entre sí, sino simplemente diferentes, para finalmente llegar a una conclusión que sea la síntesis de ambas y un avance en el pensamiento de este tema que dé una solución consensuada; como ha señalado Conde Salgado: “La lógica dialéctica es el único medio para disponer de un método absolutamente incompatible con el positivismo. Todos los demás pueden ser aplicados dentro de una concepción positivista”¹³³; con ello deducimos que el único método posible por el que podríamos superar el positivismo imperante es, usando la lógica dialéctica y aceptando las posiciones favor y en contra de cualquier debate para poder

¹³³ CONDE SALAS, R. DIALÉCTICA Y DERECHO. Pág. 227, publicado en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2061343.pdf

recoger lo mejor de cada una y así avanzar unificando ambas posturas que son distintas entre sí, dependiendo del caso ante el que nos encontremos.

Locke ya nos dejó dicho que: “Dios no ha sido tan ahorrador con los hombres como para hacerlos meras criaturas con dos patas y dejarle a Aristóteles la tarea de hacerlos racionales”. Detrás de la lógica, según Locke, hay “una capacidad ingenua de percibir la coherencia o incoherencia de sus ideas”¹³⁴; por lo que, al ser así, las ideas pueden ser discutidas y consideradas coherente o incoherentes para llegar a una superación del pensamiento a partir de los debates; tal como expresaron Hegel y Lenin, el concepto nuevo solo se desarrollará superando las oposiciones de la forma y el contenido, de lo teórico y lo práctico, de lo subjetivo y lo objetivo; en suma es la conciencia de la forma, del movimiento interno del contenido¹³⁵. Por ello, podemos entender que el único modo de superar un conflicto de posiciones es contraponiendo las dos posturas; todo ello para desarrollar el enlace interno que tienen ambas posturas, como concluye Hegel: La lógica dialéctica añade a la antigua lógica esta aprehensión de las transiciones, de los desarrollos del enlace “interno y necesario” de las partes del todo¹³⁶. Así, al contraponer las dos posiciones, llegaremos a una conclusión que no sea la revelación de una verdad preconcebida sino la unión de las contradicciones que se harán una nueva postura, ya que están entrelazadas entre sí y que sobrevienen en sí.

Todo esto es importante y de trascendencia para el tema que se tratará porque, la condena del absuelto ha generado ambas posiciones(a favor y en contra), ambas con argumentos a ser desarrollados, y es posible que en sus puntos en común se halle la solución a la controversia y una solución que se sirva de ambas posturas para la superación de la problemática. Por eso, Croce elogia el método de Hegel y lo sostiene por decir que la síntesis no se produce jamás entre conceptos opuestos sino entre conceptos distintos, dos conceptos distintos que puedan

¹³⁴ LOCKE citado por WOODS, A. & GRANT, T. (2002) La lógica formal y la dialéctica, en Razón y Revolución, nro. 10, primavera de 2002, pág. 1.

¹³⁵ LEFEBVRE, H. (1970) Lógica Formal Lógica Dialéctica, Madrid: Editores Siglo veintiuno, Pág. 25-26

unirse entre sí¹³⁷. Más claramente, las posturas que procederé a desarrollar, no necesariamente tienen que ser contrarias, quizá solo sean distintas y así se proceda a tomar lo mejor de cada una y de sus argumentos para generar un síntesis unificadora de contenidos; en caso que sean contrarias, será inevitable que una de las dos posturas quede eliminada para que la otra se sobreponga, pero para que ese suceda, es necesario primeramente desarrollarlas y explicar los alcances y lo que pretende cada posición.

Para empezar, se desarrollará la postura en favor de la condena del absuelto, aquel sector, predominantemente de la jurisprudencia peruana que considera que es constitucional y que no afecta derechos fundamentales por diversos motivos; sector que brinda argumentos suficientes y que procedo a desarrollar en los puntos que siguen.

2.2 LA CONDENA DEL ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

Lo primero a abordar, antes de desarrollar las posturas a favor de la figura de la condena del absuelto, será explicar dónde y cómo es que se encuentra comprendida esta figura en el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP). Para que esta figura se tenga por puesta, el legislador tiene que haberla introducido en el articulado de este cuerpo normativo. En las siguientes líneas se dará mayores alcances sobre los artículos acorde a la condena del absuelto: el art. 425.3.b y el artículo 419.2 del código procesal penal del 2004. Es en ambos artículos donde podremos determinar las facultades del ad-quem para condenar en segunda instancia a quien fuera absuelto en primera instancia.

El nuevo sistema, como se ha mencionado en el capítulo anterior, es de corte meramente acusatorio. Lo que se pretende con el NCPP es que la justicia peruana se aparte de un proceso

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ CROCE citado por MANTILLA PINEDA, B. Métodos de la filosofía del derecho, pág. 380. En: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDe>

inquisitivo que, conceptualmente, pero sobre todo en su aplicación, durante años se ha caracterizado por ser “básicamente secreto, escrito, burocrático, formalista, incomprensible, aislado de la ciudadanía, despersonalizado, ritualista, poco creativo, medroso, preocupado por el trámite y no por la solución del conflicto, memorista y acrítico”¹³⁸. Todos estos cambios que se buscan, traen consigo una serie de variaciones que son de suma importancia para lograr el tan ansiado cambio de pensamiento inquisitivo a una garantista, “para lograr este cambio de una lógica inquisitiva a una acusatoria, se requiere modificar el íntegro de la estructura del proceso penal, desde la cantidad de etapas y sus respectivos responsables hasta las funciones del juez, del fiscal y de la Policía Nacional del Perú.”¹³⁹; en esta modificación en su estructura y en la labores del juez que se han mencionado, está inmerso el hecho de que el NCPP traiga consigo nuevas figuras y posibilidades que anteriormente no se tenían dentro de sus facultades; para el caso que estamos analizando, por ejemplo, permite que el ad-quem revoque la absolución del ad-quo y condene al absuelto en una segunda instancia, no siendo esto lo gravoso, sino que al hacerlo, el ahora condenado, queda en imposibilidad de defenderse mediante una vía ordinaria de apelación.

Primero, es necesario recordar que el Código de Procedimientos Penales de 1939 no admitía esta figura dentro de las facultades del ad-quem; como menciona Vargas Ysla: “el código de procedimientos penales de 1940 no permita la condena del absuelto en segunda instancia, y por el contrario solo faculta que el órgano jurisdiccional pueda declarar la nulidad y ordenar una nueva instrucción o nuevo juicio oral...”¹⁴⁰; como lo hemos visto, la figura de la condena

rechoCienciasPolíticas/PublicacionesMedios/EstudiosDerecho/SegundaEpoca/Tab/Vol%20XVI%20Rev%2048%20parte%203.pdf

¹³⁸ Poder Judicial. Grupo de Trabajo Temático de Política Anticorrupción y Ética Judicial, integrado por Inés Felipa Villa Bonilla, Lorenzo Montañez Gonzales, Carlos Zecenarro Mateus, Dora Zoila Ampudia Herrera y Edith Carmen Cerna Landa. Reformas al proceso penal, 2003. IV.XV. Lima: Grupo Temático de Política Anticorrupción y Ética Judicial, pág. 20.

¹³⁹ Óp. Cit. Poder Judicial. Grupo de Trabajo Temático de Política Anticorrupción y Ética Judicial, pág. 20.

¹⁴⁰ VARGAS YSLA, R. (2012) La condena del absuelto en el CPP y sus implicancias en el ordenamiento jurídico: Tutela judicial efectiva vs. Doble instancia. EN: NUEVO PROCESO PENAL-Gaceta Procesal Penal. Tomo 35, mayo 2012. Lima: IDEMSA, Pág. 266.

del absuelto era imposible de darse porque este cuerpo normativo lo prohibía en su artículo 301141; artículo que es contundente al utilizar la expresión “sólo puede”, con lo que limita la facultad del ad-quem para poder condenar y solo regirse a la nulidad como única salida ante un error de absolución; además eliminando la posibilidad de una interpretación por parte de los jueces, que lo faculte a condenar¹⁴².

Pero con la puesta en escena del NCPP del 2004, los medios de impugnación se han pasado a regular en un libro aparte, expresamente en el libro cuarto, desde el art. 404 al 445; en los que podemos encontrar todo lo que tiene que ver con el proceso penal así como los plazos y características de cada uno. Pero así como una novedad es la mejor sistematización de los recursos de impugnación, también es cierto que dentro de esta nueva regulación encontramos algunas situaciones que no pueden pasar inadvertidas, como la figura de “la condena del absuelto” en el art. 419.2143 y el art. 425.3.b144 de dicho Código; en el primero de los artículos solo se hace mención de la posibilidad que tiene ahora el ad-quem de poder condenar al absuelto de modo muy genérico, dándole la posibilidad al decir “podrá”, es decir que dependerá de su discrecionalidad y los elementos que le hagan llegar a tal conclusión; sin embargo, es el segundo artículo el que expresa de modo indubitable la posibilidad,

¹⁴¹ Sistema Peruano de Información Jurídica: Código de Procedimientos Penales de 1940 art. 301: “Si la Corte Suprema no considera fundada la sentencia condenatoria o resulta que la acción penal ha prescrito o que el reo ha sido ya juzgado y condenado o absuelto por el mismo delito, puede anular dicha sentencia y absolver al condenado, aun cuando éste no hubiese opuesto ninguna de estas excepciones.

En caso de sentencia absolutoria sólo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral.”

¹⁴² NUÑEZ PÉREZ, F. (2013) La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal, Lima: GRIJLEY, págs. 18-19.

¹⁴³ Artículo 419 Facultades de la Sala Penal Superior.- ...

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.**

¹⁴⁴ Artículo 425 Sentencia de Segunda Instancia.-...

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

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

estableciendo hasta el modo en que deberá hacerlo y los alcances que tendrá; encargándole, además la imposición de sanciones y la respectiva reparación civil, como señala Vargas Ysla: “a partir de dicho dispositivo legal, a la sala de apelaciones, por primera vez en su historia, se le otorga una nueva facultad, que es la de condenar al imputado que fue absuelto en primera instancia.”¹⁴⁵; y a esta postura se le suma la de San Martín Castro que señala: “resulta imprescindible otorgar al juez revisor los poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto...”¹⁴⁶.

Con lo antes señalado respecto a los artículos del NCPP que difieren de lo que venía expresado en el Código de PP, nos encontramos ante un cambio que da nuevas facultades al juez; es evidente que el cambio no es una mera formalidad sino que es sustancial y repercute fuertemente en los operadores del derecho. Es una situación de cambio, tal cual como señaló Loza Gutiérrez: “El artículo 301 del Código de Procedimientos Penales de 1940 impide que el absuelto en primera instancia pueda ser condenado en segunda instancia, posibilitando solamente la declaración de nulidad de la sentencia recurrida y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio oral. Sin embargo, esta situación cambia con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP de 2004), puesto que prescribe expresamente, en su artículo 425.3.b, la posibilidad de condenar en segunda instancia al imputado que fue absuelto en la sentencia impugnada.”¹⁴⁷

Una vez explicada la situación que se produce con el artículo art. 419.2 y el art. 425.3.b, procedemos a desarrollar las posturas a favor de “la condena del absuelto” en el punto que sigue, así como también revisaremos pronunciamiento del Tribunal Constitucional que nos

¹⁴⁵ Óp. cit. VARGAS YSLA, R., Pág. 265-266

¹⁴⁶ SAN MARTÍN CASTRO, C. (2006) Derecho Procesal Penal - Tomo II, 2d edición, GRIJLEY, Lima, pág. 985

¹⁴⁷ Loza Gutiérrez, R. EL DERECHO AL RECURSO DEL CONDENADO EN SEGUNDA INSTANCIA – Alerta Informativa. Publicado en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:VVAFLq5TnBUJ:www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/modulos/documentos/descargar.php%3Fid%3D7681+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=pe>

podrían indicar el camino a seguir en tanto al debate abierto sobre: “la condena del absuelto vs. Pluralidad de instancias.”

2.3 POSICIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ.

Corresponde desarrollar la postura de la Corte Suprema, más precisamente de la Sala Constitucional y Social, la cual fue la primera en dar su posición a favor de la figura mediante jurisprudencia acerca de la constitucionalidad de esta. En primer término, corresponde hablar en este punto de la tan comentada “CONSULTA N° 2491-2010/AREQUIPA”¹⁴⁸, que se dio a partir del EXP. 2008-12172-15-Arequipa en cuanto a “si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo sanciones y la reparación civil a que hubiere lugar.”, texto extraído del art. 425.3.b del NCPP y que básicamente se alega una colisión con el derecho a la pluralidad de instancias que está previsto en nuestra Constitución Política y normas que la complementan¹⁴⁹.

Los argumentos del colegiado superior que envía en consulta este párrafo del NCPP, son básicamente: 1) Que, condenar a quien hubiera sido absuelto en primera instancia, ocasionaría una reformatio in peius que no pueda ser revisada (La afectación del principio de non reformatio in peius.); 2) Que, el recurso de casación no es suficiente para satisfacer el derecho de toda persona a una revisión de su condena; (La afectación del derecho a la pluralidad de instancias como componente del debido proceso.); y 3) Que, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ordenó en el caso Herrera Ulloa que se haga del recurso de casación un recurso suficiente para recurrir el fallo condenatorio, ya que este además, está garantizado por el derecho a los recursos que ha desarrollado el Tribunal Constitucional. La Sala

¹⁴⁸ CONSULTA N° 2491-2010/AREQUIPA. Sala de Derecho Constitucional y Social.

¹⁴⁹ Óp. Cit. NUÑEZ PÉREZ, F., pág. 44

de la Corte Suprema, DESAPRUEBA LA RESOLUCIÓN CONSULTADA y ordena un nuevo pronunciamiento bajo las siguientes razones:

Analizar esta consulta es de suma importancia porque es el primer pronunciamiento de la Corte Suprema, que podría entenderse como el máximo intérprete de la ley, sobre el tema de la condena del absuelto. Para un mejor análisis de la resolución, se dividirá en seis partes: 1) La reformatio in peius no se da en el caso; 2) La posibilidad que brinda el NCPP sobre el antiguo C de PP; 3) Sí se cumple con la doble instancia; 4) La convención americana sobre derecho humanos; 5) La base del principio de igualdad para condenar o absolver; y 6) La casación es, efectivamente, extraordinaria. Estos puntos han sido extraídos de la resolución y procedo a desarrollarlos:

1) La non reformatio in peius no se da en el caso:

Antes, es necesario saber a qué se refiere con reformatio in peius; para ello, Jorge A. Clariá Olmedo, señala que la prohibición de la reformatio in peius es la regla de garantía que excluye la posibilidad de modificación de la sentencia dictada por el a-quo en perjuicio del apelante o recurrente sin que haya mediado instancia impugnativa admitida de la parte contraria¹⁵⁰.

Aclarado el punto, se señala que, la Sala Constitucional y Social en su considerando tercero, ha dicho que se reconoce a la no interdicción de la reforma peyorativa como una garantía del debido proceso que limita la competencia revisora para que el recurso impugnatorio interpuesto por el apelante no opere en su propio perjuicio; sin embargo, esta garantía no es aplicable cuando el Ministerio Público también ha interpuesto recurso impugnatorio en contra de la resolución impugnada, como ocurre en este caso; a razón de ello, no podría aducir el hecho de que se estaría presentando la reformatio in peius por la razón de que el fiscal ha apelado la sentencia del ad-quo.

¹⁵⁰ CLARIÁ OLMEDO, Jorge. A. (1983) Derecho Procesal, Tomo I, Estructura del Proceso, Buenos Aires: Ediciones Depalma, pág. 304.

Hemos de recordar que, el tribunal constitucional en bastas sentencias ha dejado sentada su posición sobre el tema, como cuando indica: “La interdicción de la reformatio in peius o reforma peyorativa de la pena es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional... si sólo el sentenciado solicita la nulidad de la sentencia condenatoria, entonces el ius puniendi del Estado, cuyo poder se expresa en la actuación de la instancia decisoria, ha encontrado un límite: el cuántum de la pena no podrá ser aumentado. Distinto, como es lógico, será el caso en que el propio Estado haya mostrado su disconformidad con el establecimiento de la pena, a través de la interposición del recurso impugnatorio, pues en tal circunstancia el juez de segunda instancia queda investido incluso de la facultad de aumentar la pena...”¹⁵¹; en el mismo sentido, lo ha expresado al decir que: “... es el caso en que el propio Estado, a través del Ministerio Público, haya mostrado su disconformidad con la pena impuesta, a través de la interposición del recurso impugnatorio, pues en tal circunstancia el Juez de segunda instancia queda investido de la facultad de aumentar la pena, siempre que ello no importe una afectación del derecho a la defensa, esto es, siempre que no se sentencie sobre la base de un supuesto que no haya sido materia de acusación...”¹⁵²; y por último, la propia Corte Suprema, en el acuerdo plenario N.-5-2007/CJ-116, ha expresado sobre el tema que, el juez puede variar la sentencia en agravio del acusado, siempre que esto haya sido el pedido de la fiscalía o del defensor de la parte agraviada¹⁵³.

2) La posibilidad que brinda el NCPP sobre el antiguo C de PP:

En efecto, la Sala Constitucional y Social en su considerando cuarto hace referencia a un punto que ya se tocó anteriormente en este trabajo; la Sala esta vez, sólo hace notar que el NCPP da la posibilidad de condenar al absuelto en primera instancia, en contraposición de lo que ocurría con el C de PP que no admitía tal figura. No llega a mayores alcances sobre el tema, pero aclara

¹⁵¹ STC. EXP. N.º 1918-2002-HC/TC, fundamento 4 y 5.

¹⁵² STC. EXP. N.º 1014-2007-PHC/TC, fundamento 26.

¹⁵³ Acuerdo Plenario No. 5-2007-CJ-116, fundamento 7 y 8

que tal posibilidad si existe y se debe a que el nuevo código lo admite. Lo toma como un mero cambio de algo que antes no se podía y ahora sí es factible por voluntad del legislador.

3) Sí se cumple con la doble instancia:

Este tema se aborda en una serie de considerandos. Para empezar en el considerando quinto se afirma que el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado reconoce la garantía de la “doble instancia”: lo que es inexacto, pues, conforme lo ha advertido el propio intérprete de la Constitución¹⁵⁴, el precepto constitucional prevé la pluralidad de instancias y no precisa cuántas deben ser estas¹⁵⁵; tema que se abordará más adelante dentro de los aportes que nos brinda el Tribunal Constitucional.

Mientras que en el considerando séptimo y décimo, define a la instancia plural como la posibilidad para que dentro del proceso, el objeto de la pretensión pueda ser discutido ampliamente en dos instancias. Una interpretación restrictiva del precepto constitucional permitirá, como lo ha sostenido la Sala Suprema, la condena del absuelto sin mayor cuestionamiento y podría ser válida por haber dado dos instancias de discusión; sin embargo, en materia de derechos fundamentales, la interpretación no puede ser restrictiva sino en función al principio de pro homine, por lo que la posibilidad de condenar al absuelto queda en tela de juicio y será materia de análisis posterior.

4) La Convención Americana sobre Derechos Humanos:

En el punto noveno, la sala ha expresado su posición acerca de lo suscrito en la Convención Americana sobre Derechos Humanos al mencionar que “la parte acusada tenga la posibilidad de discutir la pretensión jurídica penal en su contra ante un órgano jurisdiccional superior y por ende distinto”, pero he de decir que esto es inexacto puesto que en realidad, lo que dice la convención es:

¹⁵⁴ STC N.- 3261-2005-PA/TC. Fundamento Jurídico 3

¹⁵⁵ Óp. Cit. NUÑEZ PÉREZ, F., pág. 49.

“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”; frase que es muy distinta a lo expresado por la sala, puesto que no se señala en ningún momento que lo que se deba discutir es la pretensión sino más bien el fallo; eso sí, para aquel entonces no se tenía muy claro el alcance de este tema para la Convención puesto que la Corte IDH recién lo ha desarrollado en sentencias recientes que analizaremos más adelante. Sobre el pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), no se ha pronunciado.

5) La base del principio de igualdad para condenar o absolver:

En el considerando cuarto, se expresa una noción que es interesante, la cual es: “el principio de igualdad”. Qué quiere decir el principio de igualdad, para empezar, María Hernández, nos dice: “el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma...”¹⁵⁶; ante ello podríamos decir que la posibilidad de condenar a quien fuera absuelto, se basa en el simple razonamiento de que el mismo tribunal puede también absolver al condenado; por ello, para que sea justo que el tribunal tenga tal atribución, debe poder resolver no solo en favor del acusado sino también del Ministerio Público.

Sin embargo, hemos de recordar que este no es tema de discusión por la consulta planteada por el la Sala Superior, puesto que no se discute la posibilidad de que el tribunal condene sino la imposibilidad de impugnar su primera condena; este es un alcance que podría servir para el posterior análisis.

¹⁵⁶ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M. (1994) «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)». En

6) La casación es, efectivamente, extraordinaria:

Sobre este último punto, no hay mucho que decir, puesto que la Sala de la Corte Suprema solo dice que el derecho a la pluralidad de instancias se ha visto respetado y por tanto, no habría motivo para recurrir a la casación como recurso ordinario. Debe seguir como recurso extraordinario y no desnaturalizarlo porque no se afectan derechos.

Pues bien, este es el primer punto de vista que tiene la Corte Suprema sobre la condena del absuelto. Se ve obviamente que aún es muy incompleto y no aclara muchas situaciones o dudas sobre la condena del absuelto, pero algo sí es claro: para la Sala, la pluralidad de instancias se satisface con la doble instancia y por tanto no se requiere de otro recurso extraordinario más; basta con que la pretensión sea discutida dos veces sin importar los resultados que se tengan en estas.

2.4 POSICIÓN DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ.

Ahora, compete analizar la Casación “195-2012-Moquegua”¹⁵⁷ emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Este vendría a ser el segundo pronunciamiento de la Corte Suprema, pero esta vez no se llega a ella mediante la consulta de una Sala de la Corte Superior de algún distrito judicial, sino mediante la casación interpuesta por tres absueltos que posteriormente fueron condenados en segunda instancia. Es una sentencia muchas más rica a analizar puesto que ha servido para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por parte de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En ella, vemos argumentos mucho más marcados y explicitados que deberían servir para dejar en claro algunos temas que cuestionan la

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N.º 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre. págs. 700-701

¹⁵⁷ CASACION N° 195 - 2012. MOQUEGUA. SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA PERÚ.

constitucionalidad de la condena del absuelto; ello según lo que indica la Corte Suprema validando su constitucionalidad y respeto a la carta magna.

Pues bien, cabe primeramente precisar, por qué la corte suprema se pronuncia sobre este caso en concreto dando doctrina jurisprudencial; la respuesta a ello la encontramos en el art. 427, inciso 4 del Código Procesal Penal¹⁵⁸; el cual admite que se declare procedente un recurso de casación cuando la Corte Suprema así lo decida para desarrollar doctrina jurisprudencial que esclarezca temas de controversia o donde la Corte decida hacer aclaraciones sobre algún tema; generando así una casación discrecional o excepcional ante la cual, la Corte se puede pronunciar en caso que le sume importancia¹⁵⁹.

Dicho esto, la Corte Suprema ha mencionado que “(...) el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal 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, con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del nuevo Código Procesal Penal...”¹⁶⁰

Además, Andrés Martínez Arrieta citado por Heward Layme Zapata, agrega que la casación contemporáneamente se configura como un recurso que desarrolla su actuación para asegurar la interdicción de la arbitrariedad, tanto en lo que afecta al control de la observancia de los

¹⁵⁸ Artículo 427 Procedencia.-...

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.

¹⁵⁹ Óp. Cit. NUÑEZ PÉREZ, F., pág. 176.

¹⁶⁰ Auto de Calificación de Recurso Casación N° 07-2007, del 14 de septiembre de 2007. Al respecto, en la Queja de Casación N° 34-2008, del 03 de noviembre de 2008, mencionó que se requiere para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que “los temas propuestos reúnan complejidad y/o duda manifiesta sobre sus alcances en su aplicación”

derechos fundamentales como en la unificación de la interpretación penal y procesal¹⁶¹; por ello, podremos decir que la doctrina jurisprudencial está bien usada en este caso puesto que servirá para unificar la postura en tanto a la condena del absuelto como posible vulnerador de derechos fundamentales en el Perú..

Ahora, corresponde el análisis de los argumentos de la Casación 195-2012-Moquegua que desarrolló la doctrina jurisprudencial para la condena del absuelto en el Perú:

Como primer punto, resaltaremos el considerando noveno de la casación, el cual de modo resumido centra el problema en, saber si la pluralidad de instancias en materia penal implica: 1) La doble conforme (qué se repita el fallo dos veces por el tribunal inferior y superior) o 2) La doble instancias (que basta con la sola revisión por un superior) y en caso de ser la doble conforme, 3) Saber si nuestro sistema de impugnación nos permite mantener la figura de la condena del absuelto en segunda instancia.

Hemos de resaltar también que este pronunciamiento no se aparta ni niega lo esgrimido por la Corte Suprema en el que concierne a la consulta hecha por una sala de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, sino que responde a la renovada argumentación que se da sobre el presente caso a raíz de la jurisprudencia internacional y de una resolución del Tribunal Constitucional; esto lo señala en su considerando décimo primero.

Para un mejor análisis, dividiremos la sentencia en once puntos a analizar: 1) Normatividad internacional y nacional; 2) El principio de igualdad de las partes; 3) Lo que dice el tribunal constitucional; 4) Lo que dice el Comité de Derecho Humanos de la Naciones Unidas; 5) La interpretación de la jurisprudencia internacional en el caso Mohamed vs. Argentina; 6) Posición de la Sala Penal Permanente sobre la constitucionalidad de la figura de la condena del absuelto;

¹⁶¹ MARTÍNEZ ARRIETA citado por LAYME ZAPATA, H. La Casación Penal En La Corte Suprema De Justicia Del Peru. Alerta Informativa. Publicado en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YZ9Lj1d->

7) Del recurso de apelación y el principio de inmediación; 8) De la condena en segunda instancia; 9) De principio de inmediación en segunda instancia en el código procesal penal; 10) La posibilidad de condenar el absuelto según la Sala Penal Permanente; y 11) La casación como instancia de control de la condena del absuelto. Dichos puntos que abordaremos uno por uno a continuación en el desarrollo del análisis de la sentencia de la Sala Permanente en lo Penal:

1) Normatividad internacional y nacional:

En el punto 12.1.1 hasta el punto 12.1.5, se hace un recuento de la normatividad nacional e internacional que tiene que ver con este tema. Inicia con el artículo 139.6 de la Constitución Política, reconociendo a los Tratados Internacionales como parte integrante de la interpretación de la Constitución, siendo así que, evoca el artículo 14.5 de del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y lo fijado en el art. 8 de la declaración Universal de Derechos Humanos. Haciendo un énfasis especial en el art. 14.5 de del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) porque reconoce que tiene enunciado lo suficientemente claro y unívoco para reconocer que toda persona “tendrá derecho a que el fallo condenatorio y pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior”; por lo que se entiende que no habrá otra salida que la existencia de un recurso impugnatorio previsto en el ordenamiento jurídico procesal. Sin embargo, a la vez, señala que se discute este tipo de interpretación “lingüística” tildándola de formalista e inapropiada en materia constitucional, pero señalo que esas aseveraciones son de modo muy genérico y por tanto, no son pasibles de un análisis a fondo. Es más, dicta que a pesar de las interpretaciones supralingüísticas que se han pretendido realizar, es de reconocer que hay un sector del derecho que niega la existencia de la garantía en materia impugnatoria que habilita al condenado a un reexamen, pero no hace mención alguna a esta posición de modo expreso; se ha limitado a decir que sería una interpretación muy restrictiva del PIDCP, pero no ha mencionado los extremos de esta

Q7EJ:www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/modulos/documentos/descargar.php%3Fid%3D3865+&cd

interpretación ni cuál debería ser la correcta interpretación del art. 14.5 de del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (PIDCP). Por lo que consideramos que la Sala valida la posición que da por suficiente lo expresado en el art. 14.5 del PIDCP; es decir, que deberá existir un recurso para el condenado.

2) El principio de igualdad de las partes:

En tanto al principio de igualdad, se expresa en el punto 12.1.6, y expresa que es un principio rector del Derecho Procesal Penal, sin decir de donde saco dicha aseveración, en tanto a un equilibrio in toto puesto que el Estado tiene un peso extra al ser el encargado de la persecución penal y que además, es el mismo Estado el encargado de condenar también; encontrándonos ante un Estado que tiene la facultad de perseguir el delito y a la vez condenarlo; estas son las razones que precisamente nos dictan que en base a este principio de igualdad de las partes, se persigue también un equilibrio que se dé al acusado que se encuentra, obviamente, ante órganos que cuentan con fines utilitaristas para el Estado, que le colocan en situación de desventaja y de inferioridad.

3) Lo que dice el tribunal constitucional:

En el punto 12.1.7, se menciona que el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC, caso que será analizado más profundamente en líneas siguientes por ser de suma importancia porque el Tribunal aclara la figura de la pluralidad de instancias en el fundamento 20; señala que se encuentra fuera de discusión que en un fallo condenatorio sea recurrible, además de las medidas de coerción procesal, alegando que es un sentido esencial del derecho fundamental. En otras palabras, la Sala válida la posición del Tribunal Constitucional al decir que cuando se trate de un fallo que imponga una pena que coercione la libertad o a la persona, este fallo pueda ser recurrido o revisado por un Tribunal superior.

=12&hl=es&ct=clnk&gl=pe

4) Lo que dice el Comité de Derecho Humanos de la Naciones Unidas:

Conviene mencionar que el CDHNU es, según el portal web de Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: “El Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por sus Estados Partes.”¹⁶²

Es solo una breve mención la que se hace sobre la observación general número treinta y dos, sin perjuicio de desarrollarse más adelante por el tesista porque también es un tema de importancia para la comprensión del PIDCP, señalando de este modo la Sala que la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado una vez por el tribunal de mayor jerarquía. Por lo antes dicho, parece que se apega a la interpretación del Comité y reconoce el derecho a recurrir el fallo por quien fuera condenado por primera vez en segunda instancia.

5) La interpretación de la jurisprudencia internacional en el caso Mohamed vs. Argentina:

Pues bien, ahora conviene revisar lo que resalta la Sala sobre el tema la sentencia recaída sobre el caso Mohamed vs. Argentina, solo haciendo revisión de lo que sala consideró más importante en su sentencia porqué el autor indica que esta sentencia tiene muchos más puntos que abordar y se detallaran más adelante. La Sala resalta que lo dicho es que, una sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior, así se trate de una sentencia dictada en única, primera o segunda instancia; dando los siguientes lineamientos para que esta revisión sea válida ante el tribunal: 1) Debe proceder antes que la sentencia obtenga calidad de cosa juzgada, en cuestión a esto, es evidente que tiene que ser dentro del proceso: un recurso ordinario; 2) Sea un recurso oportuno, eficaz al cumplir su cometido y accesible ósea, que cualquiera pueda acceder a este sin mayores formas.

¹⁶² Página web de la OFICINA DE ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. En: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>

6) Posición de la Sala Penal Permanente sobre la constitucionalidad de la figura de la condena del absuelto:

La Sala desarrolla esto en dos puntos (12.1.10 y 12.1.11), pero muy breves que no dan lugar a un análisis profundo sobre la razón de su postura. Hace una conclusión rápida al señalar que: 1) El fallo es una garantía esencial en el marco de debido proceso; 2) Una sentencia pueda ser revisada por un juez o Tribunal distinto y de superior jerarquía; 3) Siendo así **QUE LA CONDENA DEL ABSUELTO NO ES INCOMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA SIEMPRE QUE SE CUMPLA CON LAS NORMAS PROCESALES PERTINENTES.** Esa es su conclusión y plantea que en realidad, lo que haría inconstitucional la figura es la no posibilidad de apelación con un recurso pertinente. Posteriormente, la Sala va a desarrollar este tema para saber si nuestros recursos satisfacen la figura o no lo hacen.

7) Del recurso de apelación y el principio de inmediación:

En el punto 12.2.1, la Sala hace una comparación entre el NCPP y el C de PP, comparación que ya se hizo evidente líneas arriba. La diferencia es sustancial: El nuevo ordenamiento faculta al juez revisor para que pueda condenar al que fue dado por inocente en primera instancia mientras que el C de PP solo daba la posibilidad de declarar la nulidad de la resolución. En el anterior modelo, es obvio que no se requiere de una instancia revisora de la nulidad porque se volverá a llevar a cabo el juicio de primera instancia. Hace una breve explicación, en los puntos 12.2.2, 12.2.3, 12.2.4, al decir que la razón de que en el C de PP la Corte Suprema no pudiera condenar era precisamente en el hecho de que no había inmediación con la prueba y se podía cometer una grave error al condenar a una persona que llegará a la Corte Suprema; esto es auténticamente una posibilidad que se origina precisamente en la ausencia de la indemnización; tal como cita la Sala a Mixan Mass: “En el fondo de la prohibición de condenar al que fue absuelto anteriormente subyace en 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...”¹⁶³; con lo señalado aquí, se expresa que lo pretendido por la Sala es evidenciar que la prohibición de condenar al absuelto, antes, se radicaba en la falta de inmediación; posición que comparte Cesar San Martín al señalar: “El Código de procedimientos penales se justifica la absolución del injustamente condenado en razones de estricta justicia, pero la condena del 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 de la Corte Suprema...”¹⁶⁴. Lo realmente importante para condenar es la inmediación.

En el punto 12.2.8 hace algunos alcances acerca de la inmediación, puntos que a la postre le servirán para expresar la importancia de este principio en el proceso penal: 1) Entre los principios de inmediación, oralidad y hasta incluso, publicidad, existe tal relación que no es posible hablar de uno sin tocar al otro, y 2) El punto de mayor importancia se da en el juicio oral y actuación probatoria.

Entonces, ya entrando a tocar el tema del NCPP, la Sala ha dicho en el punto 12.2.9 que consensua la afirmación de que la actividad probatoria tiene como etapa primordial el juicio oral, así que la inmediación es sustancial para que se pueda ejercer una valoración de la prueba. Esto es porque los juzgadores resuelven respecto de lo que acontece ante sus ojos y oídos; ello será lo que más interesará al momento de generar convicción en el juzgador y es precisamente en la inmediación donde se encuentra el argumento más sólido para la negación de la doble instancia, exactamente porque la inmediación evitaría una doble instancia por contradecirse entre sí, al menos en el plano formal.

Y es que como se explica del punto 12.2.9 al 12.2.14, en realidad si se respeta el principio de inmediación, no cabría la posibilidad de un reexamen del caso porque se tendría que volver a actuar la prueba y por tanto generar una segunda primera instancia. Con ello, es obvio que no

¹⁶³ La Sala cita a MIXAN MASS, F. (1994) Juicio Oral, Trujillo: Marsol, pág. 511.

habría segunda instancia porque solamente se repetiría lo hecho en la primera ante un Tribunal de mayor jerarquía; esto viendo a la apelación como un recurso de revisión, es decir, controlar lo ya hecho. Pero en el punto siguiente nos dice que en realidad, si vemos la segunda instancia no como un control sino como un nuevo enjuiciamiento, el principio cubriría cabal cumplimiento. Solamente veríamos esto como un segundo examen y no como una revisión del examen ya efectuado.

8) De la condena en segunda instancia:

La Sala en adelante, desarrollará la tesis que adopta a partir de la opinión de San Martín Castro al considerar que sí se debe condenar al absuelto porqué el ad-quo al cometer errores, no solo se equivoca al condenar a alguien que debería ser inocente, sino también la inversa, al absolver a alguien que debió ser condenado¹⁶⁵; en el fondo, hay en realidad un sesgo de igualdad entre las partes. Pero también hemos de considerar que lo que hace la segunda instancia es un reexamen de lo actuado en primera instancia y a razón de ello, romperíamos el principio de inmediación, siendo un precio a pagar por cumplir la doble instancia, tal como señala Luigi Ferrajoli¹⁶⁶; proclamando esto en favor de la pluralidad instancias por ser un derecho fundamental de mayor valía. La Sala no indica porque es que le considera de mayor valía también, pero se apeg a dicha denominación. Pero la Sala si advierte que está segunda instancia deberá contar con los recursos que le permitan la reproducción del juicio oral ante el ad-quem; usando de este modo la tecnología para satisfacer la inmediación de la que tanto se ha hablado y así, poder condenar al haber inmediación entre lo que decida el ad-quem y lo que ya fue actuado en primera instancia frente al ad-quo por medio de grabaciones o reproducciones de lo que ya se llevó a cabo en primera instancia.

¹⁶⁴ Óp. Cit. SAN MARTÍN CASTRO, C., pág. 983

9) De principio de inmediación en segunda instancia en el Código Procesal Penal:

A continuación la sala desarrollará lo último dicho en el punto anterior: la inmediación que deberá haber en la segunda instancia para que deje satisfecha tanto la inmediación como la doble instancia. Desarrolla, para esto, una segunda opinión que es la de desarrolló en España al decir que: 1) En segunda instancia, no se podrá valorar la prueba practicada por el ad-quo analizando solamente los datos escritos del proceso; no basta con leer la prueba que fue actuada; y 2) El órgano de apelación, ad-quem, también necesita tener contacto con la prueba en atención a su naturaleza; **POR LO QUE SI EL AD-QUEM DECIDE MODIFICAR LA VALORACIÓN PROBATORIA DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA, DEBERÁ UBICARSE DONDE ESTUVO ÉL, O MEJOR DICHO SABER EXACTAMENTE DESDE QUE LUGAR DIO SU VALORACIÓN;** el ad-quem solo puede modificar la valoración de los medios de prueba ante una nueva actuación de la prueba.

Pero por lo dicho, EN EL NCPP, EL LEGISLADOR PARECE HABERSE INCLINADO POR UNA REVISIÓN DEL FALLO EN LA SEGUNDA INSTANCIA Y NO POR UNA NUEVA PRIMERA INSTANCIA. A razón de esto, de cuidar de la inmediación, ha prohibido expresamente que el órgano revisor modifique el valor probatorio de la prueba en primera instancia, pero otorga una excepción que se da cuando su valor probatorio se cuestionó por otra prueba distinta a la que ya fue valorada,; más claramente SOLO SE PODRÁ MODIFICAR EL VALOR PROBATORIO DADO POR EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA CON PRUEBA NUEVA Y OBVIAMENTE ESTA DEBE SER ACTUADA FRENTE AL AD-QUEM. Según la Sala, este sería el modo en que se tutelaría al absuelto, no cambiando el valor de la prueba sólo porque sí, y generando así que no pueda basarse la decisión en el cambio de valor de una prueba que ya fue valorada y por la que obtuvo su absolución; sin embargo no debemos olvidar que la propia Sala ha planteado una excepción;

¹⁶⁵ La Sala cita a SAN MARTÍN CASTRO, C. (2006) Derecho Procesal Penal, 2da edición, Lima: Grijley, pág. 1016.

¹⁶⁶ La Sala cita a FERRAJOLI, L.

dicho esto, la Sala en su fundamento de derecho décimo tercero, señala que la condena del absuelto solo se dará en los siguientes supuestos: 1) Cambiando el valor probatorio de la prueba pericial, documental, preconstituida o anticipada, pues estos medios no exigen intermediación; 2) Cambiando el valor probatorio de la prueba personal, en razón de la actuación de prueba en segunda instancia que cuestione el valor probatorio de la prueba que ya fue valorada; y 3) Condena del absuelto en razón de corrección de errores de derecho. Estos serían los casos en los que podría darse la condena del absuelto según la Sala.

10) La posibilidad de condenar el absuelto según la Sala Penal Permanente:

Pues desarrollado esto, la Sala concluye en su fundamento de derecho décimo octavo que, la Sala de Apelaciones está facultada a condenar en segunda instancia, pero esto está supeditado a una actuación probatoria que pueda dar status de culpabilidad al encausado en la audiencia de apelación con respeto al principio de intermediación, siendo este el único requisito para que la condena del absuelto se dé en nuestro ordenamiento.

11) La casación como instancia de control de la condena del absuelto:

Por último, conviene desarrollar la respuesta de la sala ante la posibilidad del control de la condena del absuelto. La Sala considera esto porque la casación es la oportunidad en la que el justiciable podrá establecer la vulneración de algún derecho fundamental por la afectación de garantías constitucionales; siendo este el modo por el cual se revisaría “la condena del absuelto”.

LA SALA NO TERMINA DE EXPRESAR COMO ES QUE SE CUMPLE LOS PARÁMETROS QUE NOS OTORGAN LOS TRATADOS INTERNACIONALES AL PEDIRNOS LA REVISIÓN DEL FALLO DE QUIEN FUERA CONDENADO POR PRIMERA VEZ EN SEGUNDA INSTANCIA; si bien es cierto que exponen el proceso deductivo de analizar la posición del ad-quem sobre el cambio de valoración que otorga el ad-quo, no explica cómo es que un recurso extraordinario de casación puede

convertirse en la posibilidad del condenado en segunda instancia para acceder a una revisión integral del fallo que es lo que se requiere por la normativa internacional.

2.5 ALCANCES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RESPETO A LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS.

El Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad, aun, de pronunciarse sobre la condena del absuelto en segunda instancia en el NCPP ni como recurso extraordinario a través de la denegación de un hábeas corpus, ni como recurso de agravio constitucional proveniente de una acción de amparo. Sin embargo, el Tribunal si ha emitido sentencias, no con carácter de jurisprudencia vinculante, pero sí se forman como doctrina jurisprudencial por lo que es necesario analizar su postura acerca de la pluralidad de instancias y la doble instancia. En esa medida, advertimos que del análisis del Tribunal Constitucional se afirmaría que la pluralidad de instancias, en efecto, se plasmaría en la doble instancia, pero será necesario que se vean algunas sentencias emitidas:

Para empezar, está el caso Pedro Ayala, en este recurso extraordinario (RAC) interpuesto por Pedro Ayala, el Tribunal Constitucional, muy brevemente expresa su postura acerca de la doble instancia y la pluralidad de instancias para el Perú, al decir: “...El derecho a la pluralidad de instancias garantiza que a los justiciables, en la sustentación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza, pueden recurrir las resoluciones judiciales que los afectan, ante una autoridad jurisdiccional superior. En la medida que la Constitución no ha establecido cuáles son esas instancias, el principio constitucional se satisface estableciendo, cuando menos, una doble instancia...”¹⁶⁷; a partir de este pronunciamiento, podemos rescatar dos cosas: 1) Que, el derecho a la pluralidad de instancias se garantiza en cualquier proceso durante sus sustentación, es decir que, debe ser antes de que el proceso se dé por concluido y por tanto, no podría tratarse de un recurso extraordinario. Necesariamente deberá poder usarse dentro del

proceso; y 2) El Tribunal Constitucional, aunándolo a lo antes dicho, nos dice que la Constitución de la nación no ha establecido el número de instancias que deben de haber en un proceso, así que, lo mínimo que podrá encontrarse es la doble instancia, no pudiendo haber menos, pero con esto, el derecho se vería satisfecho.

Otro pronunciamiento de importancia es el que se produjo en el caso Compañía de Radiodifusión, en el recurso de agravio constitucional que interpuso esta. El Tribunal Constitucional, agrega a lo ya dicho sobre la cantidad de instancias que debe haber, lo siguiente: "... tenemos que el problema relativo a cuales y cuantas instancias deben ser instancias jurisdiccionales no ha sido precisado por la disposición constitucional que reconoce tal derecho, por lo que, en base a las exigencias que se derivan del principio de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales, artículo 2, inciso 24, ordinal "a", de la ley fundamental, el laconismo constitucional de su formulación lingüística debe entenderse en el sentido de que su determinación es una tarea que compete al legislador... hemos advertido que la condición de derecho de configuración legal no quiere decir que el legislador pueda decidir si prevea o no tales instancias... garantizando que el legislador prevea, como mínimo, la doble instancia..."¹⁶⁷; de lo anteriormente expresado, el Tribunal esta vez, agrega algunos alcances más sobre el derecho a la pluralidad de instancias: 1) El derecho a la pluralidad de instancias está en la Constitución de la nación y está reconocida por esta, pero no ha expresado claramente la cantidad de instancias que se deben de tener en un proceso, por ende, eso es una tarea que corresponde al legislador en el fin de desarrollar dicho derecho; 2) Sin embargo, esto no da la facultad al legislador para que prevea si pone o no las instancias, solo le atribuye decir la cantidad de instancias que tendrá un proceso, siendo siempre como mínimo la doble instancia; 3) El principio-derecho a la pluralidad de instancias es un derecho a ser desarrollado por el legislador. La Constitución Política nos prevé que sea plural, pero no advierte cuánto.

¹⁶⁷ STC N.- 604-2001-HC/TC. Fundamento Jurídico 2

¹⁶⁸ STC N.- 3261-2005-PA/TC. Fundamento Jurídico 3

En la misma sentencia, tenemos el fundamento del voto singular de Juan Francisco Vergara Gotelli, que hace un desarrollo un poco más amplio y da alcances sobre su postura acerca de la doble instancia aseverando que no podría haber más de dos: “No se puede considerar como instancia plural a una sucesión de grados que, en manos de legisladores poco avisados en la temática de análisis, podría por ley ordinaria establece el iter procesal en tres, cuatro o más grados... (Tomando en cuenta) que hoy con solo dos instancias por las que constitucionalmente discurre el proceso, se están programando audiencias para el próximo año, lo que nos dice de una estado de virtual colapso...”¹⁶⁹; ante lo dicho, podemos advertir que la posición de este magistrado es que no se puede considerar como instancia plural a una sucesión de grados que se dejen en manos solamente del legislador, pudiendo este irse hasta el infinito si así lo decidiera; sería irresponsable, tomando en cuenta que con solo la doble instancia, el sistema ya está bastante recargado de revisiones por impugnación; y además, agrega: “El proceso peruano está diseñado para solo dos instancias, constituyendo la casación un nuevo proceso que es extraordinario... repito que nuestro sistema procesal ha señalado en definitiva que el proceso peruano, cualquiera sea su sede, se sigue por solo dos instancias en recusación de la posibilidad de aceptación de la instancia única y en necesidad de la revisión por instancia superior con la única excepción del proceso constitucional... Es preferible la solución oportuna aunque se ponga en riesgo la certeza, que obviamente sería lo mejor, prefiriéndose la seguridad de una determinación exigible con celeridad y económica...”¹⁷⁰; esta posición es más interesante puesto que debemos tomar en cuenta que en el Perú, debido a la gran carga de expedientes, el sistema está por colapsar; además su posición es la de señalar que en el Perú se ha adoptado la doble instancia y no podría entenderse que iríamos al infinito con cuantas instancias decida el legislador. Es evidente que él privilegia la celeridad del proceso sobre la certeza que podría

¹⁶⁹ STC N.- 3261-2005-PA/TC. Fundamento del voto singular del magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli.

¹⁷⁰ STC N.- 3261-2005-PA/TC. Fundamento del voto singular del magistrado Juan Francisco Vergara Gotelli.

darnos una mayor cantidad de instancias; precisamente el NCPP lo que busca es acelerar proceso y dar una respuesta oportuna y rápida¹⁷¹.

Para ello citaremos a José Levitán que nos dice: “Todo recurso de apelación significa que existe doble instancia, porque no lo resuelve el juez que falló la causa sino el Tribunal superior a él...¹⁷²; con lo cual, nos da entender que los recursos de impugnación se basan en una doble instancia, no siendo necesario más porque al subir a un superior, el proceso ya está cumpliendo la doble instancia.

Por último, tenemos el caso Ernesto Ordinola, que es un recurso de agravio constitucional en el cual el Tribunal Constitucional, y algunos votos singulares, que dieron por terminada la cuestión en tanto a la pluralidad de instancias y la doble instancia. El Tribunal alego que: “constituye una garantía que ofrece el estado, mediante el cual se protege a las personas... tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por otro órgano funcionalmente superior, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes...”¹⁷³; con lo que el tribunal, deja entrever que la pluralidad de instancias se dará con la sola posibilidad de que lo resuelto sea revisado por un órgano superior y le agrega que se deben hacer uso de los medios impugnatorios correspondientes; para este caso de la condena del absuelto, por ende no habría recurso correspondiente y no se podría alegar una afectación al derecho porque ya se cumplió con la revisión por la parte de un superior.

Por su parte, los magistrados Bardelli Lartitigoyen y Vergara Gotelli, han expresado un voto discordante que hemos de tomar en cuenta. Ellos plantean la siguiente afirmación: “... no se puede considerar como instancia plural una sucesión de instancias hasta la eternidad, en todo caso debemos entenderla aplicada a la conformación de la instancia superior pues la sala revisora siempre estará conformada por un tribunal colegiado en el que es posible encontrar

¹⁷¹ Óp. Cit. NUÑEZ PÉREZ, F., pág. 15.

¹⁷² LEVITÁN, J. (1986) Recursos en el proceso civil y comercial, Buenos Aires: Astrea, pág. 32.

¹⁷³ STC EXP. N.- 7566-2005-PA/TC. Fundamento tercero.

pluralidad de decisiones que pueden llevar, para los autos, a resoluciones por mayoría y, en caso de sentencias a decisiones singulares... en conclusión, el proceso peruano está diseñado para solo dos instancias...”¹⁷⁴; con esto, la postura se amplía y nos dice que efectivamente, el estado peruano está formado por un sistema que solo admite la doble instancia, pero además le agrega que la pluralidad de instancias se encuentra ya en el tribunal de alzada, puesto que es evidente que un tribunal está conformado por un más de una persona y dentro de cada uno de ellos, encontramos una nueva instancia al cada uno poder esgrimir su posición respecto al caso concreto; con ello, se vería terminada la discusión puesto que ya tenemos una pluralidad de instancias ante el superior.

2.6.- LA CONDENA DEL IMPUTADO ABSUELTO EN INSTANCIA ÚNICA EN EL NCPP.

Ahora corresponde desarrollar una postura de apoyo a “la condena del absuelto” en la doctrina nacional, pero que cuestiona la validez de la falta de un recurso impugnatorio ante esta, considerando que es esta falencia la que hace nacer la afectación a los derechos fundamentales¹⁷⁵. La postura es representada por medio del Dr. Fernando Vicente Núñez Pérez; el autor señala que “la prohibición de juzgar o procesar dos veces a una persona por el mismo hecho no se adecua al tema cuando el legislador, expresamente, autoriza la posibilidad de que una sentencia absolutoria pueda ser apelada, entendiéndose que la sentencia emitida por el ad-quo no ha adquirido firmeza”¹⁷⁶; es decir que él considera que establecer un sistema de impugnaciones bajo el cual se puede presentar la condena del absuelto es completamente válido en nuestro ordenamiento jurídico. No descarta la posibilidad de condenar al absuelto sino que lo ve como algo pasible de ser utilizado a libre voluntad del legislador; esto a razón de que “quien haya sido absuelto a nivel procesal todavía no se encuentra amparado por el

¹⁷⁴ STC EXP. N.- 7566-2005-PA/TC. Fundamento del voto en discordia de los magistrados Bardelli Lartitigoyen y Vergara Gotelli.

¹⁷⁵ Óp. Cit. NUÑEZ PÉREZ, F., pág. 16.

¹⁷⁶ Ibíd., pág. 173.

principio del non bis in ídem”¹⁷⁷, cosa que solo sucederá cuando ninguna de las partes puedan recurrir de modo ordinario el fallo. Si el legislador otorga al acusador la opción de apelar el fallo absolutorio de primera instancia, entonces no habrá cosa juzgada y no podrá entenderse la segunda instancia como una afectación al acusado sobre la garantía de no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

Sin embargo, considera que “al aplicarse la condena del absuelto, este recién condenado justamente necesita una nueva instancia, la misma que debería ser alcanzada a través del recurso de apelación”¹⁷⁸; poniéndolo a él como un defensor de la idea de que deberíamos otorgar una tercer instancia ordinaria de acceso para el acusado, pero sin considerar a la casación como una tercera instancia válida para satisfacer el requisito que nos exigen los Tratados Internacionales, ya que “ni la casación excepcional ni la voluntad impugnativa, convierten a la casación penal en un clásico recurso de apelación”¹⁷⁹

Como un punto adicional a su postura, deberé señalar que él autor considera que “la posibilidad de apelar una sentencia absolutoria es expresión de derechos de similar entidad en favor de las víctimas... negar la posibilidad de apelar una sentencia absolutoria sí sería violatorio del derecho a la doble instancia”¹⁸⁰; por lo que el autor se separa de la idea de la “igual de partes” entre fiscal-acusado, y se apeg a la postura que otorga ese derecho a la víctima a través del mismo principio: Pluralidad de instancias.

Como punto trascendente, es importante señalar que este autor CONSIDERA LEGÍTIMA LA FIGURA, PERO CUESTIONA LA FALENCIA DE UN RECURSO ORDINARIO PARA CUESTIONAR ESTA

¹⁷⁷ Ídem.

¹⁷⁸ Óp. Cit. NUÑEZ PÉREZ, F., pág. 175.

¹⁷⁹ Ibíd., pág. 176.

¹⁸⁰ Ibíd., pág. 174.

PRIMERA CONDENADO; ÉL NO VE EN LA CASACIÓN UN RECURSO QUE LOGRE SATISFACER LO QUE NOS EXIGE LA CORTE IDH A TRAVÉS DEL FALLO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA¹⁸¹.

2.7.- EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Como último punto a desarrollar, conviene referirnos al inciso 2 del artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el cual dice textualmente lo siguiente: “...(el derecho a recurrir el fallo) podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.”¹⁸²; bajo ese inciso segundo, pareciera que efectivamente, se puede condenar a una persona en segunda instancia sin afectar su derecho a la revisión del fallo por parte del superior, pero esta quedaría descartada ante el art. 8.2 de la convención contrastado con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.5, puesto que la excepción que nace en este convenio europeo, no lo vemos reflejado en la Convención Americana de Derechos Humanos ni en el Pacto.

¹⁸¹ *Ibíd.*, pág. 176.

¹⁸² Protocolo N° 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. ARTÍCULO 2 Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal... 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

CAPÍTULO III

POSTURAS QUE CUESTIONAN LA FIGURA DE LA CONDENA DEL ABSUELTO

SUMARIO: 3.1.- Nota preliminar. 3.2.- El derecho a “recorrir el fallo” en la normativa de los tratados internacionales suscritos por el Perú. 3.3.- La postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3.4.- ¿Qué es el control de convencionalidad? 3.5.- Aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el Perú. 3.6.- Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre pluralidad de instancias en tanto a procesos penales. 3.7.- Observación General Nº 32 de Comité De Derechos Humanos y Comunicación No. 64/1979 del Comité de Derechos Humanos. 3.8.- Pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos en casos de España sobre la casación. 3.9.- La *reformatio in peius* cualitativa. 3.10.- Opinión para VI pleno jurisdiccional de la Corte Suprema por el Dr. Arsenio Oré Guardia.

3.1 NOTA PRELIMINAR

Como se expresó en la nota preliminar del capítulo anterior, está es la segunda parte del bloque de análisis; bloque que desarrollará las posturas en contra de la legitimidad de la condena del absuelto. Es necesario el análisis que se propone de las posturas a favor y en contra, porque no todos apoyan la condena del absuelto desde los mismos argumentos, ni la rechazan desde el mismo punto de vista. Será necesario esbozar la posición desde la cual, cada una de las partes, toma postura sobre este tema tan controvertido. En el Perú, aún no hay pronunciamiento definitivo que sirva para confirmar la constitucionalidad de la condena del absuelto y la afectación a la pluralidad de instancias; sin embargo, sí hay autores que han cuestionado su constitucionalidad; tomando en cuenta que, muchos de estos autores que han analizado el tema, lo han hecho a partir de jurisprudencia internacional, que brinda la guía necesaria para enrumbarlos en este tema, será también tema a abordar en el presente capítulo.

La figura procesal de la condena del absuelto es un tema no solamente novedoso dentro del desarrollo de nuestro proceso penal, como ya hemos dicho, sino también de carácter inédito que regula el Nuevo Código Procesal Penal, y las posturas que se toman se hacen desde diversos ámbitos que tratan de verter una solución pacífica para el presente caso. La importancia de este aporte académico radica en el hecho de resaltar que los efectos de la figura procesal de la condena del absuelto ha sido cuestionada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que ha derivado que el caso sea sometido a jurisdicción y a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; si bien es cierto, no se ha condenado al Perú aún, el fin de este trabajo es evitar que el índice de condenas para el Perú ante este Tribunal Internacional, siga en aumento. Por tanto, en el presente capítulo se revisará algunas de las sentencias de mayor connotación para

tribunales extranjeros, no solo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en adelante) sino del Comité de Derechos Humanos; y hacer una revisión de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, aunque no ha tenido oportunidad de pronunciamiento sobre el tema en concreto, es importante saber cuál han sido su posición específica sobre la pluralidad de instancias en relación con la condena en un proceso penal.

El desarrollo del presente capítulo estará regido, básicamente por: análisis de sentencias de la Corte IDH, pronunciamiento del Comité de derechos humanos y posición de la doctrina especializada; porqué tal como señalo Pablo Saavedra Alessandri: “El sistema interamericano de derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementario, según el cual el respeto, garantía, promoción y protección de los derechos humanos es tarea primaria y primordial de los Estados. Por eso la primera defensa de los derechos humanos se inicia dentro de los Estados y no fuera de esta...”¹⁸³; entonces, es labor del Estado preservar los derechos que se encuentran en la Convención Americana de Derechos Humanos en primera medida, con lo que da a entender que recurrir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para denunciar un acto de violación de derechos humanos, debe ser la última ratio y debemos evitarlo en lo posible. Es labor de todo Estado, estar atento a una posible vulneración y subsanarla en caso se presente alguna; como podría estar ocurriendo ahora con la condena del absuelto.

Por lo antes expuesto, es evidente que los operadores del derecho en el Perú ya no solo deben actuar regidos bajo los principios del control constitucional sino, como remarca Saavedra Alessandri, la defensa u observancia de los derechos humanos, a la luz de los compromisos internacionales, en cuanto a la labor de los operadores de justicia

nacionales y de quienes diseñan políticas públicas, debe realizarse a través de un control de convencionalidad, según el cual cada operador de justicia y diseñador de políticas públicas debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales¹⁸⁴; por ende, ya no solo concierne a unos pocos respetar los derechos tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que es una labor de los legisladores, operadores del derecho y de todos en general, el buscar su primacía dentro de la sociedad.

El presente capítulo tiene por finalidad ello, la defensa de los derechos humanos a través de un análisis de las sentencias de la Corte IDH y otros tribunales extranjeros que tienen directa relación con el tema que hemos decidido analizar. Hemos de recordar que, como dijo Ayala Corao: “El principio democrático y el Estado Constitucional de Derecho implican el sometimiento del Estado mismo al Derecho tanto nacional como internacional; y ello no es concebible sin el sometimiento pleno al juez tanto nacional como internacional... De esta forma, el Estado de Derecho no está referido únicamente al sometimiento al derecho nacional sino que necesariamente incluye al derecho internacional...”¹⁸⁵; por ende, no es difícil pensar, en nuestro tiempo, que debamos hacer nuestro lo dictaminado por la Corte IDH para la defensa del Estado Constitucional de Derecho, aun cuando sea para otro país la condena impuesta. Es un fin previsor el mío; adelantarme a una futura condena para nuestro país.

¹⁸³ SAAVEDRA ALESSANDRI, P. (2010) ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE INTEGRIDAD PERSONAL Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. XI (presentación).

¹⁸⁴ Óp. cit. SAAVEDRA, ALESSANDRI, P, pág. XII

¹⁸⁵ AYALA CORAO, C. (2007) The execution of the decisions of the Inter-American Human Rights Court. Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, pág. 128.

3.2.- LA POSIBILIDAD DE RECURRIR EL FALLO EN LA NORMATIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR EL PERÚ

Como ya hemos mencionado, este capítulo será, en esencia, la revisión de las posiciones de los fueros internacionales y doctrina sobre el tema de la condena del absuelto o temas conexos a esta figura. Es importante hacerlo porque aún no hay un pronunciamiento definitivo acerca de la constitucionalidad de esta figura en sede nacional y será en los fueros internacionales donde se encontraría una respuesta a la duda sobre la legitimidad de esta figura; aunque debemos recordar que el Tribunal Constitucional Peruano ya ha conocido de la condena del absuelto en el pasado, pero no pudo pronunciarse sobre esta porque no era el derecho que se reclamaba en ese recurso interpuesto, en el caso de Walter Alejandro García Jaimes¹⁸⁶.

Antes de analizar estas sentencias internacionales que hemos mencionado, será importante que recordemos el desarrollo del derecho a recurrir el fallo dentro de los tratados internacionales que el Perú ha suscrito y así, conocer cuál es la base normativa del derecho a recurrir el fallo a la que debemos atenernos y los artículos, dentro de los tratados, que la sostienen; porque como dijimos anteriormente en el primer capítulo, los tratados internacionales forman parte de nuestro derecho interno y más aún los concernientes a derechos fundamentales, que están en el rango constitucional.

Para empezar, tenemos el artículo 8º.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸⁷; como se entiende, este artículo habla generalmente de las garantías judiciales dentro de un proceso en general, sin importar la naturaleza del proceso; en su inciso dos es más específico puesto que habla de personas que han sido inculpadas por

¹⁸⁶ EXP. N.º 01978-2010-PHC/TC

¹⁸⁷ Convención Americana de Derechos Humanos - 2. 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

un delito; es decir, habla más precisamente del derecho penal y que tienen, dentro de otras garantías mínimas, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior. Hasta aquí, si solo se hace una lectura de este artículo, con una interpretación meramente literal, se podría entender que con la doble instancia se vería satisfecho este requisito al solo requerirse la revisión del fallo sin especificar si habla del fallo condenatorio o de cualquier fallo; es por ello que necesitamos de la Corte IDH para esclarecer los alcances de este derecho; cosa que veremos más adelante en las sentencias que ha tenido pronunciamiento.

Por otro lado, está el artículo 14, inc. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸⁸; este artículo me parece mucho más claro y no requiere de interpretación alguna; dicta que toda persona declarada culpable de un delito, tendrá derecho a la revisión del fallo condenatorio; es innegable, desde mi punto de vista, que esto no se refiere a la revisión de un fallo que sea absolutorio o condenatorio, sino que habla específicamente de la condena sin importar en que instancia se condene, en la primera, segunda o cuarta instancia, eso no importa. Podemos, por tanto, entender que es en este artículo donde se encuentra mejor plasmado el derecho a recurrir el fallo por parte del condenado en segunda instancia. En inapelable, no hay otra interpretación posible.

Por último, tenemos la Declaración Universal de Derecho Humanos¹⁸⁹; la cual es un poco más genérica, pero al hablar de garantías necesarias para su defensa, se puede colegir, de una interpretación sistemática con los tratados que hablan de los derechos humanos, como lo desarrollado en el Pacto Internacional De Derechos Civiles Y

derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

¹⁸⁸ Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos – art. 14, inc. 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.

Políticos, que estas llamadas “garantías necesarias”, deben abocarse a la defensa de los derechos del inculcado dentro de un proceso y por tanto su derecho a recurrir.

Con lo sustentado hasta aquí, pareciera que la voluntad de las partes que firmaron el Tratado fue la de asegurar “la doble conforme” del condenado, es decir que la persona que sea condenada, tenga una revisión de su condena, obteniendo en segunda instancia la conformidad de la misma. Mejor dicho: Dos veces el mismo fallo condenatorio.

Con lo ya expresado, debemos agregar que se ha entendido a la interpretación jurídica, en sentido corriente general, como un “razonamiento, un acto de conocimiento, es decir, una operación espiritual que tiene por objeto determinar el sentido y el alcance de un término o norma jurídica...”¹⁹⁰; pero cuando hablamos de interpretar un tratado, la cosa no es tan simple, según Gonzales Campos y Sánchez Rodríguez, “consiste en la determinación y precisión del sentido y alcance de las disposiciones convencionales, a los fines de establecer el *consensus* de los estados expresado en el tratado...”¹⁹¹; es decir, al interpretar los tratados, ya no importa los razonamientos que nos lleven estos sino averiguar la voluntad de los Estados que se hicieron parte; para ello, en el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, contamos con la Corte IDH.

3.3.- LA POSTURA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Cerrado el tema de que los Tratados Internacionales hablan sobre la posibilidad de “la doble conforme”, seguidamente, corresponde hablar de las Cortes, Tribunales o

¹⁸⁹ Declaración Universal de Derecho Humanos – Art. 11, inc. 1.- 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.

¹⁹⁰ PATRAS LUC, P. (1962) L’interprétation en droit public interne/La interpretación del derecho, Atenas, pág. 16. EN:
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qywbvNG1iNMJ:dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142100.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe>

Comités que dan la interpretación de los tratados y nos dan la base de los derechos a desarrollar por estos tratados. Para empezar, se hará una análisis de algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante Corte IDH); hemos recogido las más resaltantes y que nos son de mayor valor.

a) CASO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA:

Para iniciar, tenemos la sentencia recaída sobre el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica¹⁹². Este es el caso del Señor Mauricio Herrera Ulloa que fue condenado por un Tribunal Penal del país de Costa Rica por cuatro delitos en la modalidad de difamación; el declarado culpable interpuso recurso de casación, pero la tercera Sala de la Corte Suprema de Costa Rica, declaro sin lugar dichos recursos por lo que la sentencia quedo firme. Hemos de notar en primera medida que en Costa Rica se rigen por un proceso penal de única instancia, ante ello el Sr. Herrera Ulloa, al ser condenado no tiene la opción de acceder a un recurso ordinario para la revisión del fallo, su única posibilidad es el recurso de casación y al no haberle admitido esta, la sentencia queda firme y no hay posibilidad de recurrir el fallo más allá.

Por ello, es menester analizar los puntos 137.2 y 158 a 161 de la sentencia contra el Estado de Costa Rica de donde podremos sacar algunos alcances de suma importancia:

1) La Corte dicta que definitivamente LA CASACIÓN NO ES UN RECURSO PLENO, sino que es un recurso extraordinario. Este recurso no autoriza a la revisión completa del fallo ni la reapertura del mismo para una nueva valoración de la prueba. La Corte, desestima la casación como un medio oportuno para recurrir el fallo por parte del declarado culpable porque la casación revisa temas de forma y no puede hacerlo con el

¹⁹¹ GONZÁLES C., J. & SÁNCHEZ R., L. (1980) Curso de derecho internacional público - volumen I, Oviedo: Universidad de Oviedo, PÁG. 401

fondo. Así también lo señala Jorge Luis Salas Arenas al decir: “Como señala el fallo de la corte, de conformidad con la legislación costarricense, contra una sentencia condenatoria emitida en el proceso penal solamente se puede interponer el recurso de casación... el recurso planteado sería insuficiente para garantizar un examen integral de la decisión recurrida.”¹⁹³

2) El recurso de casación no es el adecuado porque no permite revisar los hechos establecidos como ciertos en la primera instancia (recordar que es instancia única, por esto, esta es la instancia que condena y no da posibilidad a una revisión en el proceso ordinario.)

3) En el literal g), se estableció que el recurso de casación penal no permitió la revisión ni el control de los hechos establecidos, por lo cual, el recurso de casación no cumple con los requisitos de un recurso efectivo; por esto, podemos considerar que la Corte aprecia que para que la casación sea válida para satisfacer el derecho de revisión del fallo, esta debe dar la posibilidad de una revisión integral.

4) La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. Como señala la Corte, la revisión no se refiere a la revisión del fallo sino que habla de una sentencia adversa, una sentencia que no beneficie al procesado.

5) La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya

¹⁹² CASO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA, SENTENCIA (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de julio de 2004, 137.2 y 158 a 161.

una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el Tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.

Además de esto que se puede extraer de la sentencia, hemos de mencionar el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez¹⁹⁴; en este voto en el punto 31, el juez señala lo siguiente: 1) Se trata , el afán de la Convección, de proteger los derechos humanos del individuo, entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible; y 2) Señalado lo anterior, el recurso a interponer ante el juez o tribunal debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos, las defensas propuestas y las pruebas recibidas. Con estos razonamientos, llegamos al punto de suponer que la casación no otorga un control de fondo de la sentencia; la casación no es la vía idónea para un control del fallo condenatorio.

b) CASO CASTILLO PETRUZZI Y OTROS VS. PERÚ:

En este caso, revisaremos el voto concurrente razonado del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, el cual se pronuncia en el párrafo número dos, señalando que: 1) La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha estipulado por separado al derecho a poder recurrir del fallo ante un juez superior por lo que consideró necesario desarrollarlo como un punto aparte; 2) No importa el nombre del tribunal de apelación ni

¹⁹³ SALAS ARENAS, J. (2011) CONDENA DEL ABSUELTO: REFORMATIO IN PEIUS CUALITATIVA, Lima: Editorial IDEMSA, pág. 37 y 39.

¹⁹⁴ CASO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA (VOTO CONCURRENTES RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCIA RAMIREZ), SENTENCIA (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de julio de 2004, punto 5 párrafo del 28-30.

su naturaleza, lo que importa es que el este tribunal tenga la facultad de reexaminar la totalidad de los hechos y valorar la prueba nuevamente¹⁹⁵.

c) CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA:

Este es el caso de el señor Oscar Enrique Barreto Leiva, quien fue condenado a un año y dos meses de prisión por delitos contra el patrimonio público, el proceso se siguió ante la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en única y definitiva instancia para conocer sobre el ilícito.

Nos abocaremos al punto 7 de la sentencia que se exploya en el tema del derecho a recurrir el fallo en el art. 8.2.h de la Convención. La Corte señala que: “el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable...”¹⁹⁶; ante esto, referimos que el derecho a impugnar el fallo no está ligado solamente a la pluralidad de instancias sino también al derecho de defensa.

Además, se señala que: “La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los

¹⁹⁵ “La Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha tomado el trabajo de consagrar por separado el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial (artículo 8.1) del derecho a verse beneficiado por un conjunto detallado de garantías procesales específicas (artículo 8.2) entre las que se cuenta aquella de poder recurrir del fallo ante un juez superior (8.2.h)... (en el caso en cuestión) no se respetó el derecho de las víctimas a una segunda instancia, pero no porque los organismos encargados de actuar en tal instancia pertenecieran a la justicia militar, sino porque no se desempeñaron como tribunales que reexaminaran la totalidad de los hechos de la causa, ponderaran el valor del acervo probatorio, recaudaran las pruebas adicionales que fueran menester, produjeran, de nuevo, una 3 calificación jurídica de los hechos en cuestión a la luz de las normas penales internas y fundamentaran argumentativamente esa calificación...”CASO CASTILLO PETRUZZI Y OTROS VS. PERÚ (voto concurrente razonado del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo), SENTENCIA (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 2.

¹⁹⁶ CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA, SENTENCIA (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 17 DE NOVIEMBRE DE 2009, párrafo 88.

derechos del condenado.”¹⁹⁷; es decir, que la Corte no solo se basa en la doble revisión del fallo sino en la doble conformidad judicial de un fallo, en este caso condenatorio; preservando los derechos del condenado a tener una revisión plena y eficaz de su fallo condenatorio. Así, es que la Corte IDH alega se busca la “doble conforme”.

d) CASO BAENA RICARDO VS. PANAMÁ:

En esta sentencia, extraeremos el siguiente párrafo: “en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.”¹⁹⁸; por lo dicho aquí, podremos extraer que el derecho a recurrir al fallo beneficia a quién es condenado puesto que la condena es la manifestación del Estado para reprimir al presunto culpable; es decir, la interpretación de la defensa de los Derechos Humanos es en cuanto a la defensa de la persona ante el poder punitivo que tiene el Estado.

e) CASO MOHAMED VS. ARGENTINA:

El caso más importante a analizar es este porque en él, se habla explícitamente de la figura de “la condena del absuelto”, además la corte hace una condensación de todas sus otras sentencias relacionadas con el tema para dar la posición de la Corte IDH ante la condena del absuelto. Lo importante de la presente sentencia es que es un trascendente aporte para todos los países que están adquiriendo el modelo procesal acusatorio; es la primera vez que se cuestiona a la condena del absuelto como tal ante la Corte IDH. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos la ha sometido a juicio y jurisdicción de

¹⁹⁷ Ibíd. Párrafo 89

¹⁹⁸ CASO BAENA RICARDO Y OTROS VS. PANAMÁ. SENTENCIA Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 107.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el argumento de que una persona (En este caso el Sr. Mohamed), fue absuelto en primera instancia para luego ser condenado en segunda instancia negándole el derecho a una revisión integral de su sentencia condenatoria solo dándole la opción al recurso de casación.

El análisis del caso Mohamed Vs. Argentina¹⁹⁹ se hará en tres partes que estarán divididas en: 1) Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; 2) La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y 3) La condena del absuelto en relación con el principio Non bis in ídem.

1) Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 13 de Abril del 2011, sometió a jurisdicción de la Corte IDH el caso 11 618 (Oscar Alberto Mohamed) por haber desconocido durante el proceso una serie de garantías, además de no haberse permitido al señor Mohamed que le fuera garantizado el derecho a recurrir el fallo que lo condenaba.

El principal argumento expuesto en el Informe No. 173/10 del 2 de Noviembre del 2010, es que el agraviado no conto con una revisión de la condena a efecto de corregir posibles errores, violándose de este modo el art. 8.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos; bajo el punto de vista de la Comisión, no hay atentado contra la Convención si se presenta la figura de “la conde a del absuelto”, el problema se genera al no haber un recurso ordinario para recurrir el fallo²⁰⁰. El agraviado, después de ser condenado en segunda instancia, solo le quedo la posibilidad de interponer un recurso extraordinario

¹⁹⁹ CASO MOHAMED VS. ARGENTINA. SENTENCIA Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 23 de noviembre de 2012.

²⁰⁰ NUÑEZ PÉREZ, F. (2013) La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal, Lima: GRIJLEY, pág. 52.

de casación, viendo limitado su derecho impugnatorio. Recordando, también, que el recurso de casación como tal, no entra a analizar temas de fondo, no pudiendo analizarse mediante este, cuestiones de hecho o prueba; esto porque la Suprema no es ni debería ser, una nueva instancia ordinaria.

La comisión expresa que, toda persona CONDENADA, aun siendo en segunda instancia tras la absolución en primera, TIENE DERECHO A UNA REVISIÓN DE CUESTIONES DE DIVERSA ÍNDOLE (hecho, valoración de prueba, interpretación del derecho, etc.)

De lo planteado por la Comisión, tenemos como puntos resaltantes lo siguientes:

- a) “El derecho de recurrir de un fallo condenatorio de segunda instancia ha sido reconocido también por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas”²⁰¹. Como ya mencionamos, la Convención tiene directa relación con el PIDCP; es evidente que en este Pacto, la voluntad de los Estados era la preservación del derecho a impugnar para quienes fueran CONDENADOS.
- b) “La garantía establecida en el artículo 8.2.h. en este caso, 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.”²⁰²; en relación con el punto anterior, la Comisión considera que el derecho a recurrir el fallo del que habla la Convención, tiene que ver con la posibilidad de que el condenado acceda a una revisión de su sentencia ante un tribunal superior, pero no está relacionado con el solo hecho de que haya una doble instancia.

²⁰¹ COMISIÓN IDH, Informe No. 173/10, CASO MOHAMED (11.618), fondo, 2 de noviembre de 2010, párr. 72

²⁰² Óp. Cit. COMISIÓN IDH, Informe No. 173/10, caso Mohamed (11.618), párr. 73

- c) “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.”²⁰³; en lo expresado aquí, la comisión dicta que el recurso debe ser un recurso de amplia revisión; mejor dicho, la razón de que exista el recurso es la posibilidad de error en el juzgador, por ello lo revisado debe ser todo y en amplia medida, sin limitaciones.
- d) “la accesibilidad del recurso, la Comisión considera que, en principio, la regulación de algunas exigencias mínimas para la procedencia del recurso no es incompatible con el derecho contenido en el artículo 8(2)(h) de la Convención. Algunas de esas exigencias mínimas son, por ejemplo, la presentación del recurso como tal – dado que el artículo 8(2) (h) no exige una revisión automática – o la regulación de un plazo razonable dentro del cual debe interponerse. Sin embargo, en ciertas circunstancias, el rechazo de los recursos sobre la base del incumplimiento de requisitos formales establecidos legalmente o definidos mediante la práctica judicial en una región determinada, puede resultar en una violación del derecho a recurrir el fallo.”²⁰⁴; en este párrafo extraemos que podrían existir requisitos para la procedencia del recurso, pero nunca deberán basarse en el incumplimiento de un requisito de forma del cuestionamiento; los requisitos deberán verse solo para cuando el recurso sea admitido, pero no como una limitación para la revisión del fallo o su alcance.

²⁰³ *Ibíd.*, párr. 76

²⁰⁴ *Óp. Cit.* COMISIÓN IDH, Informe No. 173/10, caso Mohamed (11.618), párr. 83

e) "...la Comisión destaca que debido al marco legal aplicable, únicamente procedía el recurso extraordinario ante la sentencia condenatoria emitida por la Cámara de Apelaciones. Dicho recurso no otorga una revisión oportuna, accesible y eficaz de acuerdo con los estándares desarrollados en los párrafos anteriores."²⁰⁵; de lo aquí dicho, extraemos que será imprescindible que, de condenar al absuelto, se debe contar con un recurso que cumpla como mínimo con lo antes establecido: Un recurso amplio y que no tenga límites de la forma ni fondo.

f) "...el examen de admisibilidad realizado se limitó precisamente a establecer la existencia o inexistencia de violación de garantías constitucionales o de arbitrariedad manifiesta, y no a revisar las cuestiones de hecho, de prueba y de derecho alegadas..."²⁰⁶; del caso en concreto, se extrae que el recurso solo atendía la existencia de violación de garantías constitucionales, pero no podía valorar prueba o volver a valorar una prueba ya valorada con otra nueva; este es un requisito que debería tener la instancia revisora de la condena.

Esta fue la posición de la comisión ante la Corte, por lo que los fundamentos de fuerza son: La inexistencia de un recurso efectivo para apelar la decisión de condena y la insuficiente de la casación como recurso extraordinario.

2) La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Hemos de resaltar, para empezar, que la Corte IDH resolvió este caso por unanimidad y sin votos separados a la sentencia de fondo. La sentencia versa sobre lo acontecido al Sr. Oscar Mohamed quien es un ciudadano argentino que fue absuelto en primera instancia por el delito de homicidio culposo y condenado en segunda instancia por este mismo

²⁰⁵ Ibíd., párr. 84

delito. El ordenamiento jurídico argentino no preveía ningún medio impugnatorio o recurso penal ordinario que permitiera recurrir el fallo por parte del condenado en segunda instancia; el único recurso disponible era la casación y le fue denegado por no estar dentro de las causales previstas.

Empezaremos por esbozar los puntos más importantes de la sentencia al dividirlo en dos:

2.1) Derecho a recurrir el fallo por el condenado y 2.2) Eficacia de la casación como recurso efectivo.

2.1) Derecho a recurrir el fallo por el condenado.-

- a) “...es una garantía establecida a favor del acusado y que, con independencia de que la sentencia condenatoria hubiere sido impuesta en única, primera o segunda instancia, debe garantizarse el derecho de revisión de esa decisión por medio de un recurso que cumpla con los estándares desarrollados por la Corte en su jurisprudencia.”²⁰⁷; que el derecho a recurrir el fallo, escapa del momento en que este se dé, lo realmente importante es que al encontrado culpable, tenga derecho a recurrir el fallo y los hechos que le encuentran culpable en su totalidad. Es decir, habla de un recurso que me permita el acceso al cuestionamiento de lo actuado sin límites y que debe darse después de la condena.
- b) “Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado.”²⁰⁸; la Corte considera que lo trascendente es la

²⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 92

²⁰⁷ CASO MOHAMED VS. ARGENTINA. SENTENCIA Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie D No. D.1, párr. 89.

²⁰⁸ *Óp. Cit.* CASO MOHAMED VS. ARGENTINA. Párr. 92.

defensa del condenado ante el poder punitivo del estado, por ello, este derecho a la revisión al fallo es visto como una garantía para el condenado de poder hacer revisar cualquier aspecto que considere pertinente para su defensa.

- c) “El Tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica...”²⁰⁹; la Corte considera que la revisión del fallo es una garantía para las personas que tengan una sentencia adversa y que esta sea revisada por un Tribunal de Superior jerarquía.
- d) “...la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente...”²¹⁰; la corte aprecia que, efectivamente, como dijo la Comisión, los obstáculos para el acceso al recurso no deben interponerse para evitar el cuestionamiento de la totalidad del proceso de ser necesario; el cuestionamiento debe examinar la totalidad de los hechos que sean relevantes para la sentencia.
- e) No interesa el nombre del recurso que tenga a bien la revisión de la figura de la condena del absuelto, lo importante es que este recurso pueda calificar hechos y actuar prueba tal cual lo hizo el órgano predecesor al condenar al inculpado²¹¹.
- f) Señala que debe poder controlarse lo establecido en el juicio que condene al inculpado; no interesando que se tenga que llevar a cabo un nuevo juicio en favor de quien fuera encontrado culpable sino que, se pueda controlar la totalidad del

²⁰⁹ *Ibíd.* Párr. 97.

²¹⁰ *Ibíd.* Párr. 99.

²¹¹ “Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe

fallo, sin límites; es decir, que no haya impedimento para que el órgano revisor pueda actuar prueba o cambiar valoración de alguna²¹².

2.2) Eficacia de la casación como recurso efectivo.-

a) La Corte ha establecido que aun cuando el recurso de casación hubiera protegido el derecho del Sr. Mohamed, el alcance de los motivos por los cuales el Sr. Mohamed hubiera podido revisar el fallo, estaban supeditados por causales que limitan un recurso amplio que estimara hechos y valor probatorio²¹³.

b) “La Corte ha constatado que en el presente caso el alcance limitado del recurso extraordinario federal quedó manifiesto en la decisión proferida por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones, la cual rechazó *in limine* el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed con base en que los argumentos presentados se referían “a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado”²¹⁴; el recurso de casación, por tanto, queda evidenciado como un recurso insuficiente porque tiene causales de admisibilidad que le retiran la calidad de recurso ordinario a este; no hay posibilidad de que se discuta ni hechos ni carácter de valoración de la prueba. Eso hace que al presentarse una discrepancia ante los hechos, se haga imposible debatir estos.

una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho...” Óp. Cit. CASO MOHAMED VS. ARGENTINA. Párr. 100.

²¹² “Además el Tribunal considera que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.” *Ibíd.* Párr. 101.

²¹³ “La Corte estima necesario resaltar que, aun cuando se analice si materialmente dichos recursos habrían protegido el derecho a recurrir la sentencia condenatoria del señor Mohamed, debido a la regulación del recurso extraordinario federal, la naturaleza y alcance de los agravios presentados por la defensa del señor Mohamed estaban condicionados a priori por las causales de procedencia de ese recurso. Esas causales limitaban per se la posibilidad del señor Mohamed de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio.” *Ibíd.* Párr. 106.

²¹⁴ Óp. Cit. CASO MOHAMED VS. ARGENTINA. Párr. 110.

La condena del absuelto en relación con el principio Non bis in ídem:

Este punto, aunque no es algo que cuestione la presente tesis, es de análisis porque servirá más adelante para explicar algunas posiciones de la doctrina peruana en tanto a la condena del absuelto.

- a) (El ne bis in ídem es...) “Dicho principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”...”²¹⁵; bajo el presente párrafo, se denota que la búsqueda de este principio es que las personas, una vez absueltas de cargos, no puedan ser procesadas por los mismos hechos para no generar una inseguridad jurídica en la persona investigada; hace hincapié en que dices “hechos” y no “delito” porque se podría dar la situación de que se busquen juzgar los hechos más de dos veces para diferentes delitos.
- b) “La Corte ha sostenido de manera reiterada que entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio...”²¹⁶; aquí se establece que para que se pueda dar el uso de esta figura, se tiene que haber producido una sentencia FIRME de carácter absolutorio.

²¹⁵ Ibíd. Párr. 121.

²¹⁶ Óp. Cit. CASO MOHAMED VS. ARGENTINA. Párr. 122.

- c) “En el presente caso, la sentencia que condena al señor Mohamed por el delito de homicidio culposo fue emitida en la segunda instancia del proceso penal. Esa sentencia condenatoria revocó la sentencia absolutoria que había sido emitida en la primera instancia en ese mismo proceso penal. La sentencia condenatoria no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal iniciado contra el señor Mohamed por los hechos ocurridos el 16 de marzo de 1992...”²¹⁷; pero en el caso del sr. Mohamed, el proceso argentino consta de una instancia más, por lo que, con la primera instancia no se vería agotado el proceso que daría una resolución firme y que pondría fin al proceso²¹⁸.
- d) “La Corte ha sostenido de manera reiterada que entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio. El Tribunal también ha señalado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia...”²¹⁹; de lo antes expuesto, tenemos que la Corte considera que las apelaciones que se generan dentro del proceso ordinario son parte del juicio y por tanto no cabría la posibilidad de alegar un “doble juicio” porque en realidad solo es un juicio que se divide en muchas etapas²²⁰.

Esto es lo que se considera más importante de la sentencia de la Corte IDH. Deja mucho para entender la postura de la Convención en lo concerniente al derecho a recurrir el

²¹⁷ Ibíd. Párr. 123.

²¹⁸ Óp. Cit. NÚÑEZ PEREZ, V., pág. 173.

²¹⁹ Óp. Cit. CASO MOHAMED VS. ARGENTINA. Párr. 122.

²²⁰ Óp. Cit. NÚÑEZ PEREZ, V., pág. 36.

fallo dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos y esto, se tomará en cuenta para la síntesis que se pretende en la tesis que se está desarrollando.

La Corte ha sido bastante clara en el modo que debe interpretarse el derecho a la doble conforme; ya no queda duda sobre cómo entenderse el derecho a recurrir el fallo; quedando esto siempre en manos del condenado que se ha visto afectado por una sentencia adversa. Es un derecho que se ve materializado cuando se afecta a una persona dictándole una condena y esta debe ser confirmada en segunda instancia o por una instancia superior, según sea el caso.

3.4.- ¿QUÉ ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

El control de convencionalidad es una técnica de control normativo que consiste en el ejercicio de contraste entre la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y los dispositivos legales de origen nacional, dentro de ellas la Constitución y también se incluyen las interpretaciones que le da a la norma nacional del juez²²¹; es decir, es un control que ejerce la Corte, no solamente sobre la Constitución sino sobre toda norma de orden interno e interpretación del juez que contravengan la Convención.

En concreto, la CADH funciona como parámetro controlador de uso directo o indirecto, fija los límites y la conformidad de la norma nacional (objeto controlado) con los estándares internacionales que han sido aceptados por un Estado en el marco de la Convención y Tratados Internacionales suscritos. Se trata de una obligación impuesta a

²²¹ Citado por TORRES ZÚÑIGA N. (2012) en tesis: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DEBER COMPLEMENTARIO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL PERUANO Y EL JUEZ INTERAMERICANO (SIMILITUDES, DIFERENCIAS Y CONVERGENCIAS), tesis de licenciatura, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Las interpretaciones de un dispositivo legal que realiza un juez también son norma. Debe tenerse en cuenta que se parte de la distinción entre disposición y norma. La disposición, según Guastini, es cualquier enunciado que forma parte de una fuente del derecho, mientras que el concepto de norma se refiere al sentido o significado de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. GUASTINI, Ricardo. 1999. Estudios sobre Interpretación Jurídica. México D. F.: UNAM, p. 11. Igualmente, Díaz Revorio señala que la norma es el producto de la labor interpretativa que se hace del precepto, que el significado del precepto legal es el resultado de su interpretación. DÍAZ REVORIO, Javier. 2003. La Interpretación Constitucional de la Ley. Lima: Palestra, p. 48.

los jueces nacionales en general a la que se le denomina obligación *ex officio*,²²² y también una función que ejerce la Corte IDH en particular.

Ahora bien, hay un sector de la doctrina que considera que el control de convencionalidad es una nueva competencia de la Corte IDH en función de una interpretación evolutiva de la CADH²²³; y finalmente hay quienes consideran que el control de convencionalidad que realiza la Corte IDH es una función inherente que se deriva de la propia CADH y de la garantía colectiva que sustenta el SIDH.

La mención al término “control de convencionalidad” se realizó por primera vez en el caso *Almonacid Arellano*; asimismo, este concepto también se ha desarrollado en los casos *Vargas Areco*, *La Cantuta*, *Boyce* y *Helidoro Portugal*; en ellos se hizo referencia a la obligación del juez nacional de realizar el control de convencionalidad junto al control normativo basado en normas de derecho interno haciendo una interpretación conjunta de la convención con todas las normas de orden interno.

Ante ello, tenemos lo dicho por Miguel Carbonell, que señala: “El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente...”²²⁴; por ello, se entiende que el control de convencionalidad es parte del intento de los Estados por respetar al tratado al que se han adscrito.

²²² Ídem. Citando a Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, parrafo 124; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepcion Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, parrafo 219; y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217 parrafo 202.

²²³ Rey Cantor ha señalado que la figura de control de convencionalidad es una nueva competencia de la Corte, que se deriva del principio “kompetenz - kompetenz”, entre otros argumentos. REY CANTOR, E. (2008). *Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México D. F.: Porrúa, pág. 42.

²²⁴ CARBONELL, M. *Introducción General al Control de Convencionalidad*. Pág. 3 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

La Corte IDH ha desarrollado este concepto a lo largo de sus sentencias y señala:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de las leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entra las normas internas de la Convención Americana...”²²⁵

Entonces siguiendo a Roselia Bustillo Marín, podemos concluir que el control de convencionalidad es “el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte...”²²⁶, y agregamos lo expresado por la Corte IDH: “... implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos, expresados en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución. Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas.”²²⁷

²²⁵ Caso AGUADO ALFARO Y OTROS CONTRA PERÚ. SENTENCIA Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de Noviembre del 2006. Párrafo 128.

²²⁶ BUSTILLO MARÍN, R. en El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. Pág. 6

EN: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_de_convencionalidad_PJF_1.pdf

²²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO TIBI VS. ECUADOR, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de diciembre de 2004. Ver también el CASO MYRNA MACK CHANG VS GUATEMALA. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

Ante lo dicho, decimos que el control de convencionalidad es un control que tiene la Corte en abstracto y los jueces de modo concreto a cada caso que se avoquen. El Perú tiene la obligación de cumplir los Tratados Internacionales a los que se ha hecho parte, reformando su ordenamiento interno para que no infrinja las normas de la Convención.

3.5.- APLICACIÓN DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS PARA EL PERÚ.

Las sentencias que expide la Corte IDH son, principalmente, controles que hace la Corte a la normativa interna de cada país en específico, pero conviene saber si esas sentencias son aplicables para otros países también o en qué medidas debemos tomarlas en cuenta dentro de nuestro ordenamiento interno.

Para ello citaremos a Natalia Torres Zúñiga que expreso: “La fuerza vinculante de la jurisprudencia de los tribunales internacionales es un tema que la doctrina internacionalista ha venido discutiendo en los últimos años. De hecho, Boyle y Chinkin dan cuenta de ello; al respecto, señalan que en su configuración inicial, tribunales como la Corte Internacional de Justicia tenían como función la aplicación del derecho en los casos que conociera y en el mejor de los casos su jurisprudencia era una fuente subsidiaria, hoy puede afirmarse que este tipo de órganos jurisdiccionales crean derecho...”²²⁸; por ende, hoy podemos afirmar que la Corte crea derecho y no solamente da jurisprudencia; en cada sentencia de la Corte encontramos una interpretación de derecho que se desprende de la Convención y por tanto, cada país al aplicar una norma, debe tener en cuenta lo señalado por la Corte porque, sino estaría apartándose de una interpretación de derecho de la propia Corte, que es máximo intérprete de la

²²⁸ TORRES ZÚÑIGA, N. en sus tesis para optar por el título profesional de abogada en la PUCP: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DEBER COMPLEMENTARIO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL PERUANO Y EL JUEZ INTERAMERICANO (SIMILITUDES, DIFERENCIAS Y CONVERGENCIAS). (2012) Lima- Perú. Pág. 69.

Convención. Por ello es que seguiremos la tesis de la “cosa interpretada”, que es una tesis de doctrina internacional, que sostiene que los efectos interpretativos de los fallos de la Corte IDH y sentencias son vinculantes para los Estados parte de la CADH.

Así, Natalia Torres citando a Saiz Arnaiz, ha dicho que: “La “cosa interpretada”... tiene como efecto la vinculación de todos los Estados parte del Convenio a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal internacional al interpretar sus disposiciones.”²²⁹; y agrega que: “Desde la doctrina latinoamericana, Ferrer Mac Gregor también plantea que la jurisprudencia de la Corte IDH posee más que un carácter meramente orientativo, ya que a través de ellas, la Corte IDH realiza una interpretación del corpus juris interamericano, con la finalidad de crear un estándar para su protección y eficacia real...”²³⁰; por ello, entendemos que las sentencias de la Corte no son más que solo puras sentencias sino que además, interpretan el sentido de la Convención y crean un estándar para la protección de los derechos humanos a través de la Convención²³¹; esto se nota en los casos *Gomes Lund vs. Brasil* y *Gelman vs. Uruguay*, en los cuales la Corte IDH señala artículos vulnerados utilizando la jurisprudencia de la Corte IDH y condena al estado por la razón de no utilizar la jurisprudencia en casos anteriores.²³²; tomando en cuenta esto, un Estado no puede desatender las sentencias de la Corte para aplicar en un caso en

²²⁹ Óp. cit. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DEBER COMPLEMENTARIO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL PERUANO Y EL JUEZ INTERAMERICANO (SIMILITUDES, DIFERENCIAS Y CONVERGENCIAS), pág. 70 citando a SAIZ ARNAIZ, Alejandro. “El Convenio de Roma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la

cultura común de los derechos fundamentales en Europa”. Revista Jurídica de UCES, 2009, p. 174.

Consulta: 07 de julio de 2010.

En: <http://www.desarrollo.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/.../El_convenio_de_Roma.pdf>

²³⁰ Ibíd. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DEBER COMPLEMENTARIO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL PERUANO Y EL JUEZ INTERAMERICANO (SIMILITUDES, DIFERENCIAS Y CONVERGENCIAS), pág. 71. Citando a FERRER MAC GREGOR, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México D. F., nueva serie, año XLIV, N° 131, mayo-agosto de 2011, pp. 917-967.

²³¹ Óp. Cit. NÚÑEZ PEREZ, V., pág. 56.

²³² CORTE IDH. *CASO GELMAN VS. URUGUAY*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafos 215-225 ;y *CASO GOMES LUND Y OTROS (GUERRILHA DO ARAGUAIA) VS. BRASIL*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párrafo 147-176.

concreto; siempre deberemos tenerle como un parámetro a seguir y como una situación ya interpretada por la Corte.

Entonces, podemos afirmar que la Corte IDH ha asumido que la jurisprudencia es un elemento que debe tenerse en cuenta por los Estados, aun cuando estos no se encuentren directamente involucrados en el caso que sirve de parámetro para el control de convencionalidad.

Para concluir citamos a Víctor Manuel Rodríguez Recia que nos dice: Los efectos de cosa interpretada de las sentencias de la Corte Interamericana se pueden derivar del artículo 62 y 68.1 de la Convención. El inciso tercero del artículo 62 establece que la Corte tiene “competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido...” y el inciso primero dispone que todo Estado parte puede en cualquier momento, “declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho... la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”. Finalmente, el artículo 68.1 dispone que “los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”²³³. Y se complementa con lo señalado por José María Morenilla Rodríguez: “Los efectos de la cosa interpretada tienen una relación directa con el valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho, especialmente cuando se invoca el principio del precedente (*stare decisis*) como norma que ha de aplicarse en situaciones fácticas similares...”²³⁴; ante todo esto explicado, las sentencias de la Corte IDH, son aplicables a todos en tanto tienen que ser observadas por todos los países miembros de la CADH.

²³³ RODRÍGUEZ RESCIA, V. (1997); La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Costa Rica: Edit. Investigaciones Jurídicas, pág. 17.

²³⁴ MORENILLARODRIGUEZ, José María; La Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, BIMJ, no. 1554, 1990. pág. 947.

3.6.- PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE PLURALIDAD DE INSTANCIAS EN TANTO A PROCESOS PENALES.

Como se expresó en el capítulo anterior, el Tribunal Constitucional Peruano tiene sendas sentencia en las cuales habla de la pluralidad de instancias y el alcance de esta dentro de nuestro sistema procesal. Sin embargo, el 11 de Agosto del 2011, a raíz de un Recurso de Agravio Constitucional (RAC) presentado por Cesar Nakazaki Servigón en favor de Alberto Fujimori Fujimori en el EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC, el Tribunal abordó el tema más a fondo sobre la pluralidad de instancias y aclaró este punto en la rama del Derecho Procesal Penal:

Los puntos más trascendentes de la sentencia para nuestro interés están en el punto tercero que es titulado: “El derecho fundamental a la pluralidad de instancias”²³⁵; en este punto, el Tribunal desarrolla aspectos que ya se han comentado anteriormente, pero da su particular posición sobre condenas penales.

En el punto 3.2) el Tribunal desarrolla *prima facie*, el contenido esencial de este derecho fundamental respondiendo a dos puntos: 1) Cuántas veces una resolución es susceptible de impugnación y 2) Qué resoluciones judiciales son necesariamente impugnables. A lo que el Tribunal, como dijo, ya ha dejado contestada la primera pregunta cuando en reiterada jurisprudencia se pronunció diciendo: “Es claro que la instancia plural —sin perjuicio de lo que más adelante se precise en relación con la incidencia del derecho a la pluralidad de la instancia en las decisiones de órganos jurisdiccionales colegiados no penales— queda satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas...”²³⁶; tema que ya se ha abordado

²³⁵ EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC; parte tercera: ““El derecho fundamental a la pluralidad de instancias”

²³⁶ STC. Del N.º 4235-2010-PHC/TC que en el fundamento 15 cita: Cfr. RTC 3261-2005-PA, F. J. 3; STC 6149-2006-PA, FF. JJ. 26 – 27.

anteriormente en el capítulo anterior y que parece dar a entender que con la doble instancia queda satisfecho cualquier proceso.

Sin embargo, hemos de comentar lo que señala el Tribunal en los puntos que siguen puesto que amplía el espectro de demarcación de la pluralidad de instancias principalmente en el fundamento 16 y 17 que dicen: “...por mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es imperativo acudir a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, y a la interpretación que de éstos realizan los tribunales internacionales competentes. Sobre el particular, el artículo 8º, inciso 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)... (y) el artículo 14º, inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)... Los dispositivos reseñados permiten sostener, en primer término, que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a recurrir las sentencias que le impongan una condena penal...”²³⁷; ante ello, el Tribunal reconoce que la pluralidad de instancias deberá existir para las personas que han sido condenadas en materia penal, teniendo estas acceso a poder apelar el fallo que las ha perjudicado. Por lo que la pluralidad de instancias, en materia penal, se busca proteger “la doble conforme” que nos dan los Tratados.

Por ello, el Tribunal ha considerado que: “si es finalidad del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el acceso a una razón experimentada y plural, cabe interrogarse si el legislador está obligado a regular un recurso contra las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales colegiados, toda vez que éstos son por definición instancias plurales, y guardan, presumidamente, cierta cualificación por ostentar una jerarquía, cuando menos, de mediano rango. A juicio del Tribunal Constitucional, dicha

obligación, por pertenecer al contenido esencial del derecho, existe inequívocamente con relación a sentencias penales condenatorias...”²³⁸; El Tribunal desarrolló que, aun cuando los colegiados sean instancias plurales, cuando se dé una sentencia condenatoria, deberá asegurarse que el condenado pueda apelar dicho fallo y preservar su derecho a la libertad por medio de acceso a un tribunal superior.

Y para terminar, el Tribunal delimitó el contenido esencial del derecho a pluralidad de instancias, diciendo que, como mínimo, debe satisfacerse lo siguiente: “...a criterio del Tribunal Constitucional, prima facie y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales... pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra: a) La sentencia que le imponga una condena penal...”²³⁹; y a razón de lo que expresado aquí, es innegable que el Tribunal deja dicho que, las personas que hayan obtenido una condena penal, podrán impugnar esta ante un órgano de mayor jerarquía; explicando aquí que el Tribunal no ha dicho “la persona que lleve un juicio penal” sino “la sentencia que le imponga una condena penal” sin importar, por tanto en qué instancia se dio esta resolución que perjudica la libertad de la persona al condenarla.

Además de la sentencia, también es de suma importancia revisar el pronunciamiento del magistrado Vegara Gotelli; este fue el magistrado que siempre desarrollo la tesis de que el proceso peruano era solamente creado para la doble instancia y nada más. Es importante revisar algunos aspectos de su fundamento:

El magistrado del Tribunal, sigue considerando que el proceso peruano es uno de doble instancia y nada más, para ello cita a Rengel Romberg que dice: “...Nuestro sistema del

²³⁷ STC. Del N.º 4235-2010-PHC/TC fundamento 16 y 17.

²³⁸ STC. Del N.º 4235-2010-PHC/TC fundamento 24.

²³⁹ STC. Del N.º 4235-2010-PHC/TC fundamento 25.

doble grado de jurisdicción está regido por el principio dispositivo que domina en nuestro proceso civil, y por el principio de la personalidad del recurso de apelación, según los cuales el Juez Superior sólo puede conocer de aquellas cuestiones que le sean sometidas por las partes mediante apelación (*nemo iudex sine actore*) y en la medida del agravio sufrido en la sentencia de primer grado (*Tantum devolutum quantum appellatum*) de tal modo que los efectos de la apelación interpuesta por una parte no benefician a la otra que no ha recurrido, quedando los puntos no apelados ejecutoriados y firmes por haber pasado en autoridad de cosa juzgada...”²⁴⁰; con ello el miembro del Tribunal, afirma que sería imposible pensar en más de una instancia y considera que: “...tenemos que el derecho a la pluralidad de la instancia se satisface con el pronunciamiento en doble instancia respecto a una sentencia de fondo, es decir una decisión judicial que defina la controversia y/o resolución judicial que ponga fin a la instancia.”²⁴¹; por lo que notamos que, en realidad, aunque no comparte la decisión de los otros magistrados, olvida el caso en concreto del Nuevo Código Procesal Penal que dejar desprovisto al condenado por primera en segunda instancia.

3.7.- OBSERVACIÓN GENERAL N° 32 DE COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS Y COMUNICACIÓN NO. 64/1979 DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.

Además de todo lo antes ya referido, es de importancia detenernos un momento para analizar dos pronunciamientos más que serán de mucha ayuda para el desarrollo de los posteriores capítulos.

²⁴⁰ Vergara Gotelli cita a A. Rengel Romberg, en su libro *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano II, Teoría General del Proceso*.

²⁴¹ STC. Del N.º 4235-2010-PHC/TC voto de VERGARA GOTELLI fundamentado 7.

Primero, la Observación General N° 32 de Comité De Derechos Humanos de las Naciones Unidas; esta es una observación que aclara lo concerniente al artículo 14.5 del PIDCP, su alcance y su posible interpretación; nos deja el párrafo cuarenta y cinco²⁴²; con este párrafo, podemos entender que, en realidad, lo que dice el Pacto es que, toda persona encontrada culpable por un delito, deberá poder acceder a una instancia superior para la revisión de ese fallo; notamos aquí que la interpretación es estrictamente literal y eso es precisamente lo que quiere decir el PIDCP: Busca la defensa de los intereses del condenado; no dando opción a los Estados de renunciar de este derecho a revisión.

Además, se señala que: “El párrafo 5 del artículo 14 se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior...”²⁴³; con lo que es irrefutable que este intérprete del Pacto considera que habla de una condena que se de en cualquier instancia dando por desestimada la opción de que la doble instancia sea suficiente para tener por cumplido lo que exige el Pacto.

Y por último, el Comité señala que: “El derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior... 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

²⁴² “El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto dispone 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. Como demuestran las versiones en los diferentes idiomas ("crime", "infraction", "delito")... La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" en esta disposición no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a revisión, puesto que éste es un derecho reconocido por el Pacto y no meramente por la legislación interna. La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" se refiere más bien a la determinación de las modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará a cabo la revisión..." - Observación General N° 32 de Comité De Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Punto VII. Revisión por un tribunal superior, párrafo 45.

²⁴³ Óp. Cit. Observación General N° 32 de Comité De Derechos Humanos de las Naciones Unidas - párrafo 47.

causa...”²⁴⁴; y aquí señala que no basta con una revisión que sea solamente por cuestiones de derechos, sino que debe poder verse cuestiones de hecho y valor probatorio; dejando así desestimada la vía extraordinaria de la casación si es que esta no puede resolver temas de fondo o valorar prueba como lo hizo la instancia que condenó.

Para terminar, revisaremos algunos aspectos que también dejó el comité en la Comunicación No. 64/1979 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que se refiere al caso del Consuelo Salgar de Montejó que, El 17 de noviembre de 1979, un juez militar la condenó a un año de prisión por supuesto delito de venta de un arma de fuego; a lo cual, la señora Consuelo, afirmó que la aplicación del Decreto bajo el cual se le condenó, la privó del derecho a apelar ante un tribunal superior en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto. Además, es pertinente que el Estado de Colombia afirmo sobre tal artículo que: “la expresión «conforme a lo prescrito por la ley» que figuraba en esa disposición dejaba al arbitrio de la legislación nacional la determinación de los casos y circunstancias en que se podía recurrir a una instancia superior.”; en razón ello, el Estado Colombiano considero que, estaba en facultad de ellos determinar en qué casos se podía y en qué casos no, recurrir un fallo.

Ante lo antes señalado, el Comité expreso que: “El Comité considera que la expresión «conforme a lo prescrito por la ley» que figura en el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a la apelación, porque los derechos son los reconocidos en el Pacto y no únicamente los reconocidos en la legislación interna. Más bien, lo que ha de determinarse «conforme a lo prescrito por la ley» es el procedimiento que se ha de

²⁴⁴ Ibíd. párrafo 49.

aplicar para la apelación...”²⁴⁵; por lo que, entendemos que lo efectivamente escrito en este texto del Tratado es la intención del Pacto de dar una revisión al fallo que encuentre culpable a alguien y lo único delimitable es el procedimiento por el que se hace efectivo este derecho, pero no podré entender como una liberalidad dejada para el legislador el acto de otorgar un recurso al que fuera condenado por primera vez en el proceso.

3.8.- PRONUNCIAMIENTOS DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS EN CASOS DE ESPAÑA SOBRE LA CASACIÓN.

A lo ya redactado, debemos sumarle los pronunciamientos que ha tenido el Comité de Derechos Humanos en dos casos acontecidos en España. Dos de estos que son de real importancia para enmarcar el uso de la casación como medida que pueda satisfacer la revisión del fallo en caso se dé la condena del absuelto.

Como primer caso, tenemos el caso Manuel Sinieiro Fernández vs. España, este es un caso que nace de la sentencia de un ciudadano español por el delito de tráfico de estupefacientes y por pertenecer a una banda organizada, delito que le genera la pena de 15 años de pena privativa de la libertad. El Tribunal Supremo español desestimo el recurso de casación que era el único recurso al que podía recurrir para cambiar el fallo de la sentencia por uno favorable. El Comité, determinó que la condena y sentencia fueron revisadas por el Tribunal Supremo español que dijo explícitamente que no podía realizar una nueva valoración de las pruebas que fueron presentadas. Esto se expresan cuando se dice: “En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo constituyendo una revisión parcial de la sentencia y del fallo condenatorio... el Tribunal Supremo indicó explícitamente que la realización

²⁴⁵ Comunicación No. 64/1979 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 24 de marzo de 1982.

de una nueva valoración del material probatorio en el que se basó el juzgador en primera instancia para dictar su fallo de condena no forma parte de sus funciones. Por lo tanto, la revisión íntegra de la sentencia y del fallo condenatorio le fueron denegados al autor...”²⁴⁶; además, se ha considerado que existe la imposibilidad de que la condena y el fallo, fueran revisados íntegramente por el órgano superior; por tanto se tiene por vulnerado el derecho del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, esto se expresa en el siguiente párrafo: “el autor tiene derecho a un recurso efectivo. La condena del autor debe ser revisada de acuerdo con los requisitos exigidos por el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto.”²⁴⁷

Por otro lado, tenemos el Caso Cesario Gómez Vázquez vs. España, en el cual el Comité de Derechos Humanos determinó que el recurso de casación no se debe limitar a la revisión de aspectos formales o legales de las sentencias, sino que deben ser revisadas estas íntegramente. En el tema de fondo, el Comité señaló que el recurso que se interponga con contra de la sentencia (sea cual fuera su nombre), al margen de su procedimiento, debe cumplir con los elementos que exige el Pacto, es decir, que mediante él SE HAGA UN ANÁLISIS INTEGRAL DEL FALLO CONDENATORIO Y DE LA PENA IMPUESTA Y QUE NO SE LIMITE DICHA REVISIÓN A ASPECTOS FORMALES O LEGALES DE LA SENTENCIA; esto se tiene al decir que: “En cuanto a si el autor ha sido objeto de una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, porque su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo... El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que

Punto 10.4 de la comunicación.

²⁴⁶ CASO MANUEL SINIEIRO FERNÁNDEZ VS. ESPAÑA, cit., párrafo 7.

²⁴⁷ Ibíd., párrafo 10

el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto.”²⁴⁸

3.9.- LA REFORMATIO IN PEIUS CUALITATIVA.

Ahora corresponde desarrollar las posturas en la doctrina nacional. Primero, tenemos la del Dr. Jorge Luis Salas Arenas que en su libro “CONDENA DEL ABSUELTO – *Reformatio in peius* cualitativa” sostiene que si el acusado de una conducta delictiva que fuera absuelto por el juez unipersonal o el juzgado colegiado, y la apelación, fuera formulada por el Ministerio Público, de no confirmarse por el órgano superior la absolución, es legalmente factible expedir decisión condenando al acusado; lo cual generaría una *reformatio in peius* cualitativa²⁴⁹; definiéndola como la reforma peyorativa que no se da en tanto al incremento de una pena o la reparación civil, en ese caso serían cuantitativas, sino como una reforma peyorativa relacionada con una revisión de la condena a quien estuvo anteriormente absuelto y fue condenado por el *ad-quem*²⁵⁰.

Señalando Salas Arenas que: “cuando al absuelto en primera instancia resulta condenado por el mérito del juicio de apelación, se produce una reforma dañosa para el imputado (no apelante), reforma que no tiene que ver ni con la duración de la pena privativa de la libertad, ni con la dimensión de la reparación civil de orden cualitativo; tampoco tiene que ver con la efectivización de una prisión precedentemente suspendida...”²⁵¹; por lo que a su entender, el condenado se vería imposibilitado de ejercitar el derecho a apelar la decisión condenatoria ante una reforma en peor de su situación con respecto a la primera instancia, tomando en cuenta que el reo, en este caso, no apela la sentencia de primera instancia que lo dio por absuelto; y tampoco se ve en la posibilidad de apelar el fallo

²⁴⁸ CASO CESARIO GÓMEZ VÁZQUEZ VS. ESPAÑA, cit., párr. 11.1.

²⁴⁹ SALAS ARENAS, J. (2011) “CONDENA DEL ABSUELTO – *Reformatio in peius* cualitativa”, Lima: IDEMSA, pág. 20.

²⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 46

porque el recurso de casación le es insuficiente para revisar en amplitud el fallo condenatorio.

Es decir que la postura de Salas Arenas es que se produciría una *reformatio in peius* cualitativa que no podría ser apelada en vía ordinaria y por dicha razón se estaría vulnerando el derecho del condenado a acceder a un recurso efectivo que le brinde la posibilidad de la revisión de su condena en totalidad; siendo así que “la limitación de la impugnación a través de un medio idóneo al condenado por primera vez, configura por tanto la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del condenado”²⁵²; generando así una trasgresión a la Constitución y haciendo inconstitucional a la figura dentro del ordenamiento jurídico peruano²⁵³. La figura se torna inconstitucional al no haber recurso de apelación para el condenado.

Uno de los ejes de la postura en Salas Arenas es el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica; por la cual, el autor considera que: “para quien diseñó la constitución a nombre del pueblo peruano, dentro de las reglas del pacto social, fijo la casación como una vía excepcional.”²⁵⁴; por lo que resulta que, no se da por satisfecho lo que es solicitado por el Pacto al que nos hemos hecho parte.

No sin antes hacer mención que, el autor indica que parte de la doctrina procesal peruana se desencanta a favor de proscribir la condena del absuelto; entre ellos, en diversos eventos académicos, Arsenio Oré Guardia, Mario Pablo Rodríguez, Dino Carlos Caro Coria y Vladimir Padilla Alegre²⁵⁵.

²⁵¹ Ibíd. Pág. 47

²⁵² Óp. cit. SALAS ARENAS, J ., Pág. 33

²⁵³ Ibíd. Pág. 53

²⁵⁴ Ídem.

²⁵⁵ Ibíd. Pág. 47

3.10.- OPINIÓN PARA VI PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA POR EL DR. ARSENIO ORÉ GUARDIA.

Como segunda y última postura a analizar, tenemos la del Dr. Arsenio Oré Guardia; esta fue dada en el marco de una opinión para el VI pleno jurisdiccional de la Corte Suprema. En ella el Dr. Arsenio Oré Guardia criticó dos aspectos básicos de la condena del absuelto: 1) La permisión de la condena del absuelto, negándole al condenado la opción de apelar; ello lo hace aseverando que “... la primera condena, resulta un procedimiento inconstitucional y, por ende, contrario a la orientación acusatorio garantista del nuevo modelo.”²⁵⁶; y 2) La condena del *ad quem* que se basa en una audiencia de apelación que resulta ser un juicio abreviado y que no satisface el principio de inmediación propiamente dicho entre el juzgador y las partes²⁵⁷.

Lo que al tesista importa es lo desarrollado en el primer punto, la posibilidad que encuentra el *ad quem* para condenar en segunda instancia a quien fuera absuelto en primera. En relación con la Constitución, Oré Guardia señala que: “...la condena en segunda instancia, en sí misma, no vulnera la pluralidad de instancias, pero lo que sí contraviene la disposición constitucional, es la limitación que pesa sobre el imputado, al ser condenado por primera vez en vía de apelación...”²⁵⁸; y basa tal posición en tres aspectos que hacen inconstitucional la figura de la condenad del absuelto: 1) ²⁵⁹*Ratio Legis*, según la cual, se afirma que en el debate del pleno constitucional de 1993, no se pretendió en ningún momento dejar desprovisto al condenado de su opción de recurrir el fallo puesto que en momento de aprobar la Constitución de 1993, el C de PP no preveía la figura de la condena del absuelto; aduciendo que “el debate constitucional del pleno

²⁵⁶ ORÉ GUARDIA, A. Opinión para VI pleno jurisdiccional de la Corte Suprema; (2008), pág. 1. EN: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2AN54JujWLQJ:www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe

²⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 2

²⁵⁸ *Óp. Cit.* ORÉ GUARDIA, A., Pág. 4.

del Congreso Nacional de 1993, se manifestaron como afirmaciones que constituyeron la motivación de la norma –pluralidad de instancia-, las siguientes: i. Que pluralidad de instancias, supone siempre la regulación de una instancia superior; ii. Que pluralidad de instancias, representa básicamente, doble instancia; iii. Que la Casación debe ser tenida como vía excepcional; y iv. Que la impugnación responde a un derecho del justiciable, en virtud de la falibilidad humana de los magistrados.”²⁶⁰; entonces, podemos ver, que ninguna de estas opciones tiene por finalidad dejar desprovisto de un recurso de apelación a quien fuera condenado por primera vez en segunda instancia sino que al momento que se hizo la Constitución de 1993, no había ningún código que condenara en segunda instancia; 2) Afirma que el legislador a través de la Constitución de 1993, generó una conexión entre el derecho al recurso y el principio de doble instancia²⁶¹, en la medida que “junto al reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, en el que los distintos ordenamientos suelen subsumir el derecho a los recursos, contempla expresamente el derecho a la pluralidad de instancia”²⁶²; es por ello, que él considera que el hecho de aseverar que con la doble instancia se ve cubierto la pluralidad de instancias es solo se usa un tecnicismo para negar la revisión del fallo a quien fuera condenado; y 3) Considera él que aunque el Tribunal Constitucional ha dicho que la pluralidad instancias se ve cubierta con la doble instancia, es importante recordar que también el Tribunal ha señala que el acceso a una instancia superior corresponde a un derecho del justiciable y habría que analizarle con respecto a ello²⁶³.

En cuanto a su mención de la casación como recurso insuficiente, en relación con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; su desarrollo es a un nivel de observar solamente

²⁵⁹ Ídem.

²⁶⁰ Citado por ORÉ GUARDIA: Debate Constitucional, Pleno 1993, Constitución Política del Perú, Tomo II, Lima, 1998, pp. 1281, 1284, 1307, 1311, 1314, 1316, 1317 y 1325

²⁶¹ Óp. Cit. ORÉ GUARDIA, A., pág. 4.

²⁶² DOIG DÍAZ, Y., El recurso de apelación contra sentencia, Proyecto de Investigación BJU 2003-02136, “Presente y futuro de la reforma Procesal Penal”, p. 544

el Pacto y sin tomar en cuenta otros Tratados Internacionales; el autor señala que: “podemos afirmar que de cara al contenido del artículo 425º, inciso 5 del CPP, y planteado un caso cualesquiera que este fuese, ante el Comité de Derechos Humanos, tendríamos que de seguro el Estado peruano sería cuestionado por no asegurar la vigencia de un recurso ordinario para la revisión de la sentencia condenatoria en segunda instancia, conforme ocurrió con España, por afectar con ello lo estipulado en el PIDCP.”²⁶⁴

En consecuencia a los antes expuesto, Oré Guardia concluye que: “...la condena del absuelto es un procedimiento inconstitucional. Y aquí una aclaración final. No cuestionamos la condena en segunda instancia, propiamente dicha, sino aquella que siendo la primera, se construye sobre la base de un procedimiento deficiente, contrario al contenido constitucional y a la orientación del modelo del CPP...”²⁶⁵; es decir que, para él, la condena del absuelto resulta inconstitucional por la razón de que no se está respetando el modelo procesal penal adoptado ni la Constitución propiamente dicha al no otorgar un recurso ordinario al que fuera condenado bajo esta figura.

²⁶³ Óp. cit. ORÉ GUARDIA, A., pág. 5

CAPÍTULO IV

LA SÍNTESIS DEL PROBLEMA

SUMARIO: 4.1.- Nota preliminar. 4.2.- ¿Es constitucional condenar en segunda instancia a quien fue absuelto en primera instancia? 4.3.- ¿Qué es la inconstitucionalidad por omisión? 4.4.- ¿Hay inconstitucionalidad? 4.5.- La naturaleza de la casación en el Código Procesal Penal del 2004. 4.6.- La casación: ¿Recurso eficaz?

²⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 6

²⁶⁵ *Ibíd.*, pág. 8

4.1 NOTA PRELIMINAR.

El cuarto capítulo concierne a la síntesis²⁶⁶ de las posturas que tiene la condena del absuelto en la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional. En los dos capítulos anteriores se ha desarrollado el análisis de las posiciones de modo pormenorizado; por lo que a las posiciones encontradas por el autor, se les dividió de modo tal que sus argumentos quedaron esbozados del modo más comprensible posible; ahora corresponde hacer la segunda parte de este proceso que significa hacer una síntesis que nos permita llegar a la composición de un nuevo todo; ya que son procesos interdependientes entre sí, el análisis y la síntesis, tal como han señalado Méndez A, Manrique E, Molleda C. citados por María Elena Morales Modenesi: “Los conceptos de análisis y síntesis se refieren a dos procesos mentales o actividades que son complementarias entre sí, nos sirven para el estudio de problemas o realidades complejas. El análisis consiste en la separación de las partes de esos problemas o realidades hasta llegar a conocer los elementos fundamentales que los conforman y las relaciones que existen entre ellos. La síntesis, se refiere a la composición de un todo por reunión de sus partes o elementos, que se puede realizar uniendo las partes, fusionándolas u organizándolas de diversas maneras...”²⁶⁷; por ello es que corresponde al autor, en las siguientes líneas, la unión de aquello que ya ha desintegrado para su análisis, para formar un nuevo todo; tal como señaló Ruíz Limón, el análisis es una

²⁶⁶ Para este caso, tomaremos la siguiente acepción de la palabra síntesis: 1. f. Composición de un todo por la reunión de sus partes. (Del Diccionario de la Real Academia Española.)

²⁶⁷ MÉNDEZ A, MANRIQUE E, MOLLEDA C. Análisis y Síntesis citados por MORALES MODENESI, M. EN: [Internet]. Universidad Politécnica de Madrid. Disponible en: <http://investigar1.files.wordpress.com/2010/05/anc3a1lisis-y-sc3adntesis-y-comprensic3b3n-lectora.pdf>

operación intelectual que separa las partes que componen un todo y la síntesis reúne las partes del todo y las convierte de nuevo en una unidad²⁶⁸.

Como ya hemos dicho, la tesis pretender saber si la condena del absuelto es constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico; el modo que ha elegido el autor para llegar a esa respuesta es el análisis de posturas e instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales, que nos ayuden a llegar a la síntesis; como explica Ruíz Limón: “Primero se analizan las manifestaciones inmediatas de la existencia, descubriendo sus aspectos fundamentales. Luego se sintetizan estos elementos en la reconstrucción racional de la existencia, que se formula por medio de una hipótesis explicativa.”²⁶⁹

Con ese procedimiento, se darán respuestas a las preguntas que fueron planteadas en el proyecto de investigación; preguntas como: ¿La condena en segunda instancia del absuelto en primera instancia es constitucional? ¿Existe violación a los principios de la constitución con la figura de la “condena del absuelto”? ¿Existe violación a los tratados internacionales con la figura de la “condena del absuelto”? o ¿Es suficiente con el solo hecho de que haya casación para satisfacer la doble instancia?; terminado esto, habremos acabado la primera parte de la tesis.

Para el ejercicio que se pretende en el siguiente capítulo, seguiremos la dialéctica de la organización del conocimiento, desde la cual, se mencionará el proceso de tesis, antítesis y síntesis, por medio de los cuales se parte de algo demostrable, demostrado, se razona, se analiza, viendo las diferentes posibilidades que han sido ofrecidas para poder

²⁶⁸ RUIZ LIMÓN R. Análisis y Síntesis. Historia y evolución del pensamiento científico [Internet]. Málaga: Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales; 2007. p. 1–3 en <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007b/283/45.htm>

²⁶⁹ RUIZ LIMÓN R. Ídem.

encontrar sus concordancias o discordancias y finalmente, proponer una conclusión que sea armoniosa para el tema que se analizó desde el inicio²⁷⁰.

Por lo que, a continuación se pretende discriminar lo inservible de cada idea y luego, una vez rescatado lo mejor de cada posición, combinar nuevamente las posiciones y llegar a la suma de estas ideas; tal como señalo en su momento Parménides²⁷¹. El procedimiento seguido en los dos capítulos antecesores, desintegrando las posiciones y mostrando la posición adoptada por cada sector del mejor modo posible, verá en este capítulo, el final de esa obra al llegar a una conclusión que, a su vez, tendrá la misión de responder nuestras preguntas acerca del tema en controversia.

La metodología a utilizar es la esbozada por Emilia Currás: “parte de unos procesos por medio de los cuales, se propone una tesis, o una hipótesis y luego se va razonando en pro y en contra para –antítesis- llegar a la conclusión de su veracidad o falsedad –síntesis-. Es decir, se parte de algo concreto, del ser, que es o existe, se pasa por la experiencia, argumentaciones concordantes y contradictorias, al mismo tiempo, que se van sucediendo y conduciendo hasta la conciencia, la observación de un postulado final.”²⁷²; ese es el medio por el cual pretendemos llegar a una conclusión que supere la mera afirmación de es “constitucional” o “inconstitucional”; se desea llegar al fondo del tema y dar una conclusión legítima en el marco del respeto de la persona.

La dialéctica se irgue como solución en búsqueda de soluciones a todas las ramas del saber, incluso en las tareas de la vida diaria. A continuación procedemos a desarrollar lo dicho.

²⁷⁰ CURRÁS, E. (1999) Dialéctica en la organización del conocimiento. Universidad Autónoma de Madrid. Organ. Conoc. Sist. inf. Doc. 3 23-43, pág. 1.

²⁷¹ PARMÉNIDES en FERRATER, J. (1981). Diccionario de Filosofía: tomo II, Buenos Aires. Editorial Sudamericana, pág. 315.

²⁷² Óp. Cit. CURRÁS, E., Pág. 14.

4.2.- ¿ES CONSTITUCIONAL CONDENAR EN SEGUNDA INSTANCIA A QUIEN FUE ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA?

Lo primero que corresponde sintetizar en este capítulo es: si la condena del absuelto; vista siguiendo a Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, como “el examen de la Sala Penal superior que tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada total o parcialmente... El precepto establece que puede revocarse una sentencia absolutoria, y reformándola declarar la condena del imputado”²⁷³; es constitucional o inconstitucional dentro del marco de la normativa jurídica peruana.

Como hemos señalado anteriormente, el Dr. Arsenio Oré Guardia²⁷⁴ planteo la idea de que esta figura es un “procedimiento inconstitucional” por vulnerar derechos fundamentales y no respetar los principios del modelo procesal penal que se optó a seguir; y el Dr. Salas Arenas²⁷⁵ afirmo que la imposibilidad de recurrir el fallo condenatorio en segunda instancia, tornaba inconstitucional a la figura; por lo que, a su vez, la Sala Superior que él presidía, planteo una consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema por afirmar que “una *reformatio in peius* sería legal si existiera un tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación...”²⁷⁶; otro sector, ha considerado que la condena del absuelto no es inconstitucional y se ciñe a la Constitución y sus principios, como en el caso de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú y en la doctrina, Peña Cabrera Freyra que dice: “Revocar la sentencia absolutoria, condenando al imputado, no viola ninguna garantía, siempre y cuando el recurso de apelación haya sido interpuesto por el fiscal, de

²⁷³ PEÑA CABRERA FREYRE, R. (2006) Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal. Lima: Editorial RHODAS, Pág. 851.

²⁷⁴ Cfr. Vid. Supra. Pág. 121.

²⁷⁵ Cfr. Vid. Supra. Pág. 118.

²⁷⁶ Sentencia de vista N.- 48, Exp. 2008-12172-15-Arequipa, Considerando tercero: Análisis de la Constitucionalidad de la *Reformatio in Peius*.

esta forma, se preserva la prohibición de reforma en peor..."²⁷⁷; por ello, ante las posiciones discrepantes, procedemos a sintetizar esta idea y dar una conclusión general sobre la constitucionalidad de la condena del absuelto en sede nacional.

Como primera medida, hemos de decir que, para que sea inconstitucional la condena del absuelto propiamente dicha, **debe vulnerar los derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución o Tratados Internacionales sobre derechos humanos, o atacar la constitución de un modo directo o indirecto**, no acatando el fin supremo de la carta magna que es estar inmersa en cada aspecto del desenvolvimiento de los miembros del Estado y regir la actuación de los operadores del Estado en cualquier ámbito o situación que se presente²⁷⁸; siendo así “más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, a los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones.”²⁷⁹. El único principio constitucional que podría verse afectado, y que ha sido el argumento más utilizado para cuestionar la condena del absuelto en nuestro país, es el de la pluralidad de instancias²⁸⁰; vista esta como la posibilidad con la que contamos las personas para recurrir un fallo que no es perjudicial en vía judicial²⁸¹; tal como lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional²⁸²: El derecho a recurrir el fallo es parte fundamental del desarrollo del derecho a la pluralidad de instancias. Y siguiendo a Diego del Corral que considera que los recursos “son un medio para controlar las resoluciones judiciales porque sirven para señalar los errores-que el recurrente cree-que las mismas presentan, y perseguir su

²⁷⁷ Óp. Cit. PEÑA CABRERA FREYRE, R., pág. 852.

²⁷⁸ Vid. Supra. Págs. 8-10.

²⁷⁹ Novena Época (1999), Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, agosto de 1999, tesis. P./J.73/99, página 18.

²⁸⁰ Cfr. Vid. Supra. Pág. 116 y 117.

²⁸¹ Cfr. Vid. Supra. Pág. 17.

²⁸² Cfr. Vid. Supra. Pág. 17.

corrección a través de una nueva resolución que modifique o anule la recurrida”²⁸³; entendemos que este podría ser el único derecho constitucional que podría ser vulnerado por la figura antes mencionada: La pluralidad de instancias.

A consideración del autor y recogiendo, en parte, la postura de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que destacó que la condena del absuelto no es inconstitucional siempre y cuando se provea de un recurso eficaz al condenado para recurrir el fallo, al señalar que “... la condena del absuelto no es incompatible con la constitución siempre que se cumpla con las normas procesales pertinentes...”²⁸⁴, y del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Mohamed vs. Argentina al comentar que no se vulnera el principio de “*non bis in ídem*” a razón de que “La sentencia condenatoria no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal iniciado...”²⁸⁵; encontramos que en realidad, la condena del absuelto no vulnera el derecho a la pluralidad de instancias ni el principio “*ne bin in ídem*”. La condena del absuelto, por tanto, no desconoce el art. 139.6 de la Constitución ni la prohibición de enjuiciar dos veces a la misma persona por los mismos actos; por tanto, **no hay vulneración de derechos fundamentales cuando un Tribunal *ad quem* decida cambiar la sentencia en primera instancia dictada por el *ad quo*.**

Sostenemos que, **LA CONDENA DEL ABSUELTO NO ES INCONSTITUCIONAL** porque no se vulnera ningún derecho recogido en la Constitución Política del Perú, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ni algún Tratado Internacional del que el Estado se haya hecho parte. Hay cuerpos de normatividad internacional que

²⁸³ DEL CORRAL, D. (2005) "Los medios de impugnación como contralor de las resoluciones y/o como garantía del imputado". Garantías, medidas cautelares e imputaciones en el proceso penal. Buenos Aires: Editorial jurídica NOVA TESIS, Pág.721.

²⁸⁴ Cfr. Vid. Supra. Pág. 65. Punto 6.

desarrollan el principio de otorgar la posibilidad de recurrir el fallo al condenado (doble conforme)²⁸⁶, pero ninguno niega la posibilidad de que el *ad-quem* pueda condenar en segunda instancia²⁸⁷ y tampoco se le posiciona en el grado de derecho o principio constitucional al hecho de no poder ser condenado en segunda instancia después de que se fue absuelto en primera.

A consideración del autor, para que la condena del absuelto sea inconstitucional, debería afectarse algún principio o norma que verse la imposibilidad de condenar en segunda instancia a alguien que fuera absuelto en primera instancia; ello no se encuentra en ninguna parte de la Constitución, ya que “ni la constitución de 1979 ni la de 1993 han prohibido que una sentencia absolutoria sea objeto del recurso de apelación”²⁸⁸, ni se desarrolla en algún tratado que integre el bloque de constitucionalidad; siendo así que, en realidad se deja a libertad del legislador de turno la posibilidad de incluir en un cuerpo normativo, la posibilidad de reformar en peor para alguna persona en segunda instancia (apelación)²⁸⁹, sin importar la naturaleza del procedimiento, sea penal o no.

En cuanto a la afectación de los principios del modelo procesal penal que señaló el Dr. Oré Guardia se verían vulnerados por la figura, hemos de recordar que se trata de un modelo que, por encima de todo, coloca la Constitución y su respeto²⁹⁰, convirtiéndola en la medida de todas las posibilidades que se puedan adoptar dentro del modelo adoptado²⁹¹. Considero que el principio a tomar en cuenta para este análisis que se pretende es el de primacía de la Constitución y no el de inmediación; puesto que antes de la inmediación está el derecho a instancia plural del condenado, como señala la Corte

²⁸⁵ Cfr. Vid. Supra. Pág. 97. Punto 3, literal D.

²⁸⁶ Cfr. Vid. Supra. Pág. 83-85.

²⁸⁷ NUÑEZ PÉREZ, F. (2013) La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal, Lima: GRIJLEY, pág. 36.

²⁸⁸ Ibid., pág. 37.

²⁸⁹ Cfr. Vid. Supra. Pág. 49-51.

Suprema²⁹²; deberemos sacrificar la inmediación para cumplir la Constitución. No hay violación a los principios del modelo acusatorio-garantista, puesto que como hemos visto, el modelo acusatorio-garantista se funda primordialmente en no desatender los principios constitucionales y este principio no se ha visto vulnerado por la figura.

El autor considera rescatable abordar este tema porque se ha producido muchas veces la relación entre condena del absuelto y pluralidad de instancias²⁹³, cuando en realidad la afectación del derecho a la pluralidad de instancias no está siendo vulnerado por la figura sino que más bien, a consideración del autor, la condena del absuelto es la materialización de este derecho en favor del Estado, que brinda al fiscal una segunda posibilidad para buscar la condena de quien se considera culpable a razón de que el juez puede cometer errores que le lleven a dictar una sentencia absolutoria cuando debiera ser condenatoria, tal como señaló San Martín Castro²⁹⁴. Si es aceptable o no la opción de apelar por parte del fiscal, no tiene mayor injerencia en la tesis que se ha desarrollado hasta este momento; si el fiscal debe o no contar con opción de apelar el fallo absolutorio tampoco lo es; lo que realmente importa es conocer la constitucionalidad de la condena del absuelto como la opción que nos ha brindado el legislador, y esta opción no vulnera ningún derecho reconocido por la carta magna.

Como un punto importante a resaltar, señalaré que la posición de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema²⁹⁵ es solo aceptada en parte por el tesista, porque dicta que la condena del absuelto no será inconstitucional SIEMPRE QUE SE RESPETE EL DERECHO A APELAR EL FALLO. Eso, en mi opinión, es equivocado, ya que más

²⁹⁰ Cfr. Vid. Supra. Pág. 40 y 41 y cita de Julio Maier en pág. 38.

²⁹¹ Cfr. Vid. Supra. Pág. 9.

²⁹² Cfr. Vid. Supra. Pág. 68.

²⁹³ Cfr. Vid. Supra. Pág. 117 y 119. Y otros artículos como “La condena del absuelto en el CPP y sus implicancias en el ordenamiento jurídico: Tutela jurisdiccional efectiva vs. Doble instancia (Un pequeño gran sacrificio.)”, mayo 2012, GACETA PENAL Y PROCESAL PENAL, TOMO 35.

bien, la condena del absuelto nunca afectaría la pluralidad de instancias propiamente dicha, sino que, LO QUE AFECTARÍA ESTE DERECHO ES LA NO POSIBILIDAD DE APELAR EL FALLO CONDENATORIO EN SEGUNDA INSTANCIA Y OBTENER LA DOBLE CONFORME, entendido esto como el resultado de la condena del absuelto, pero jamás la condena en si misma ni la reforma en peor del acusado serían un ataque a principios constitucionales o derechos de los Tratados. La condena del absuelto es solamente la opción por la que ha optado el legislador para configurar las facultades del órgano revisor dentro de la apelación en el Código Procesal Penal.

Por lo que hemos de decir que, si estamos ante un acto inconstitucional sería por vulneración del derecho-principio a la pluralidad de instancias, que es entendida por el Tribunal Constitucional como el desarrollo derecho a la doble conforme²⁹⁶ después de que se condena por primera vez en segunda instancia, y no por la existencia de la figura de la condena del absuelto; lo que se convertiría en una “inconstitucionalidad por omisión”, como lo señala Alfredo Quispe Correa citando a Jesús Casal: “...La omisión legislativa inconstitucional o inconstitucionalidad por omisión, se produce cuando el legislador no observa, en un tiempo razonable o el que se haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar, impuesto, expresa o implícitamente por la constitución, o cuando, en cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la constitución por haber omitido previsiones que la norma suprema exigía...”²⁹⁷, o lo que señala Gerardo Eto Cruz: “La inconstitucionalidad por omisión es la que resulta por el silencio o la inercia de cualquier órgano de poder, el cual deja de hacer algo o practicar un mandamiento expreso por la

²⁹⁴ SAN MARTÍN CASTRO, C. (2006) Derecho Procesal Penal, Tomo II, Lima: GRIJLEY, pág. 985.

²⁹⁵ Cfr. Vid. Supra. Pág. 65. Punto 6.

²⁹⁶ Cfr. Vid. Supra. Págs. 108-111.

²⁹⁷ QUISPE CORREA, A. citando a Jesús Casal. ¿Inconstitucionalidad por omisión?, Estudios Constitucionales. (Julio del 2006), AÑO IV NRO. 1, Universidad de Talca, pág. 244

constitución...”²⁹⁸; por lo que se estaría vulnerando el derecho a la pluralidad de instancias como falta de desarrollo del derecho a la “doble conforme”, a raíz de una omisión del legislador que ha omitido introducir la posibilidad de que el condenado recurra el fallo ante un Tribunal superior mediante apelación.

Hasta aquí, parece que tenemos la respuesta al tema propuesto: **“El análisis y síntesis de la constitucionalidad de la condena del absuelto”**, llegando a la afirmación de que **la figura no afecta la Constitución ni algún tratado de derecho humanos suscrito por el Perú**; en cambio, hemos notado que podría generarse una inconstitucionalidad por omisión en tanto al principio-derecho de la pluralidad de instancias; con lo cual se estaría afectando este principio-derecho reconocido en la Constitución y Tratados Internacionales sobre derechos humanos. Las líneas que siguen, se avocarán a desarrollar esta posible omisión y los alcances de esta dentro del análisis de las mismas fuentes que se desarrollaron en los capítulos I, II Y III; puesto que versan, precisamente, de la afectación a ese principio-derecho: “la pluralidad de instancias”.

4.3.- ¿QUÉ ES LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN?

Como se ha señalado en el punto antecedente a este, se destacó la posibilidad de que en relación a la pluralidad de instancias, reconocida en nuestra Constitución²⁹⁹ y la doble conforme, que exigen los tratados internacionales³⁰⁰, podría presentarse la figura de una “inconstitucionalidad por omisión”; figura que hemos tratado brevemente³⁰¹, pero aún no suficientemente. Se llegó a dicha conclusión a razón de que se descartó de pleno, la posibilidad de que “la condena del absuelto”, propiamente dicha, ataque la pluralidad

²⁹⁸ ETO CRUZ, G. (1992) La inconstitucionalidad por omisión. Doctrina constitucional. Trujillo: Editorial Trujillo, pág. 242.

²⁹⁹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 17-18 y 83-85.

³⁰⁰ Cfr. Vid. Supra. Págs. 89-100

³⁰¹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 131-132.

de instancias o algún principio o derecho constitucional; sin embargo, del análisis de las posturas en favor y en contra en la jurisprudencia nacional e internacional, se llegó a la conclusión que todas estas fuentes del derecho se avocaron al desarrollo de la defensa de la pluralidad de instancias y doble conforme (no exactamente el cuestionamiento a la condena del absuelto) y cómo es que esta debería ser cubierta de modo efectivo por un Estado que la tiene como principio-derecho en su constitución³⁰²; resaltando que a este derecho no se le ha incluido dentro del debido proceso sino que se le coloca a la par de él³⁰³, como un derecho desarrollado de modo separado tanto por la Constitución y por los Tratados Internacionales.

A nuestro entender, es necesario llevar este análisis un poco más allá y ya no realizar la pregunta: ¿Es constitucional la condena del absuelto? (pregunta que ya fue resuelta), Sino desarrollar la siguiente interrogante: ¿Se está cumpliendo con la pluralidad de instancias y por tanto, la doble conforme, dentro del proceso penal peruano cuando se condena en segunda instancia al que fuera absuelto en primera instancia?; con esta nueva interrogante planteada, afirmamos que, de no cumplirse el principio derecho de la pluralidad de instancias y el derecho a la doble conforme en el proceso peruano, estaríamos frente a una inconstitucionalidad por omisión.

Pues bien, ante la posibilidad de que se presente una inconstitucionalidad por omisión, será necesario un estudio previo de esta figura e investigar si la misma ha sido utilizada previamente en el Perú; las líneas que siguen buscan ello, una breve introducción a dicha figura para luego proceder con la síntesis respecto de la pluralidad de instancias.

³⁰² Cfr. Vid. Supra. Pág. 23-29.

³⁰³ Cfr. Vid. Supra. Pág. 17.

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar,... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”³⁰⁴. Así se establece en el artículo 2, el deber de los Estados partes de adoptar disposiciones de derecho interno que efectivicen los derechos reconocidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Hemos de recordar esto para saber que el Estado Peruano se comprometió a tomar las medidas legislativas necesarias para que este Pacto se respete y tenga plena vigencia en el ordenamiento jurídico interno; además de que nuestra constitución le reconoce a la Convención el rango de constitucional, formando parte del parámetro de constitucionalidad³⁰⁵. Es por eso que la no adopción de las medidas de todo tipo que fueren necesarias para la efectivización de los derechos humanos reconocidos por la Convención, implica no sólo una violación al derecho internacional, con la consecuente responsabilidad que ello significa, sino también el incumplimiento de una obligación constitucional, tal como señaló Juan Martín Camusso³⁰⁶; con ello, estaríamos frente a una “inconstitucionalidad por omisión”³⁰⁷, que se produce cuando “un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional”³⁰⁸ siendo un encargo expreso o tácito³⁰⁹; hecho que es pasible de ser controlado por el “control de convencionalidad”³¹⁰.

³⁰⁴ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno... los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

³⁰⁵ Cfr. Vid. Supra. Pág. 30 y 35.

³⁰⁶ CAMUSSO, J. “La Inconstitucionalidad por Omisión como vía para lograr la efectividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, desarrollado en el marco del programa de becas de pregrado del CIJS por Juan Martín Camusso y con la dirección del Dr. Antonio María Hernández. Pág. 841. EN: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-013/index/assoc/D4635.dir/sec10008a.pdf>

³⁰⁷ SAGÜÉS, NÉSTOR. P. (2002), “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión”, en VEGA GÓMEZ, JUAN y CORZO SOSA, EDGAR (Coordinadores), Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 617.

³⁰⁸ Ibíd. Pág.605.

³⁰⁹ Ibíd. Pág.606.

³¹⁰ Cfr. Vid. Supra. Pág. 102 - 104.

Para Juan Martín Camusso, la inconstitucionalidad por omisión se produce cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional, ya sea éste expreso o tácito. Tal concepción se fundamenta en el principio de la supremacía constitucional, “establecido por la Constitución un mandato o un deber para los poderes públicos, tal por ejemplo el de regular por ley una determinada materia, no pueden dichos poderes eludir su obligación dilatando indefinidamente su cumplimiento”³¹¹; por lo que entendemos que la inconstitucionalidad por omisión es un problema grave para la eficiencia de los derechos humanos en general; ese es precisamente el caso en el que nos encontramos, una situación frente a la cual, el Estado Peruano podría estar desatendiendo su compromiso en la Convención y no respetando el derecho a recurrir el fallo por parte del condenado o doble conforme.

En nuestro país, la inconstitucionalidad por omisión está comprendida por una amplia gama de sentencias del Tribunal Constitucional³¹², las cuales han tratado de sistematizar algunos criterios que la doctrina ha desarrollado, confirmando la valía constitucional de la omisión inconstitucional como un control efectivo frente a la desidia legislativa³¹³, como lo señala Christian Sánchez Pérez³¹⁴. El propio Tribunal Constitucional en la sentencia por el caso de la hoja de la coca dijo: “Es verdad que la Constitución peruana de 1993 no contempla de manera expresa la posibilidad del control de las omisiones legislativas... no obstante, para el caso nuestro, el fundamento del control de las omisiones legislativas debe ubicarse no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de

³¹¹ Óp. Cit. CAMUSSO, J., Pág. 826

³¹² STC N° 00024-2009-PI fundamento 10-14; EXP. N. ° 05427-2009-PC/TC fundamento 10-19; y STC 0006-2008-PI/TC, FF.JJ. 37-41.

³¹³ PATIÑO, I. C. (2003). La inconstitucionalidad por omisión. Revista jurídica, 95-105.

constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país.”³¹⁵; ante lo dicho, es evidente que el Tribunal Constitucional deja abierta la posibilidad de que se presente un inconstitucionalidad por omisión, en cuyo caso podría abocarse a la resolución de omisiones legislativas; incluso ha propuesto casos en los que se podría adoptar esta figura; esto teniendo lo recogido del Tribunal Federal Alemán, al decir, que: “... en el Derecho comparado se ha reconocido que estamos frente a un supuesto de omisión legislativa controlable en sede de la justicia constitucional: a) cuando ha transcurrido un periodo razonable y el órgano legislativo no ha emitido la norma exigida desde la Constitución; b) la existencia de un mandato claro sobre la obligación de legislar; c) la posibilidad de integración por parte del órgano jurisdiccional, de modo que el ocio del legislador pueda ser superado con la actuación del órgano jurisdiccional...”³¹⁶; con lo que podemos estimar que esta figura ya ha sido reconocida en el Perú en situaciones anteriores y, aunque no se encuentra prevista en nuestra Constitución, se puede hacer uso de ella para cesar una omisión legislativa, ya que la Constitución se vulnera no solamente cuando se hace lo que ella prohíbe hacer, sino también cuando se dejara de hacer lo que ella manda. No habiendo zona de exclusión para que el Ejecutivo o el Congreso puedan eximirse de hacer lo que la Constitución manda, como ha señalado Víctor Bazán citado por Miguel Carbonell³¹⁷.

³¹⁴ SÁNCHEZ PÉREZ, C. Inconstitucionalidad Por Omisión: El Tribunal Constitucional Peruano Como Legislador Positivo. Pág. 4 En:

http://www.ejamasesores.com/files/Inconstitucionalidad_por_omision_Christian_Sanchez.pdf

³¹⁵ Sentencia de los procesos acumulados de los Exp. 0020-2005-PI y Exp 0021-2005-PI/TC.

³¹⁶ Tribunal Constitucional en la STC. Del EXP. 006-2008-PI/TC cita a la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán: Cfr. Sagüés, Nestor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, segunda edición, Ed. Astrea, Bs. As. 1997, p. 95.

³¹⁷ BAZÁN, VÍCTOR (2003), “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en CARBONELL, MIGUEL (2003), En busca de

A modo de conclusión, diremos que “el presupuesto de hecho necesario para que podamos hablar de inconstitucionalidad por omisión es la inactividad del órgano legislativo en cumplir, dentro de un plazo predeterminado por la constitución o dentro de una plazo que pueda estimarse razonable, una obligación o encargo concreto atribuido a él por la norma fundamental”³¹⁸.

A continuación, corresponde continuar la síntesis de las posturas en favor y en contra analizadas acerca de la pluralidad de instancias, pero esta vez ya no se hará con el fin de buscar la constitucionalidad de la condena del absuelto, sino buscar la posible afectación de la Constitución y Tratados Internacionales a través de una omisión legislativa que nos conllevaría a la figura abordada: la inconstitucionalidad por omisión.

4.4.- ¿HAY INCONSTITUCIONALIDAD?

Este antepenúltimo punto del capítulo, se abocará a la posible inconstitucionalidad que se estaría produciendo en tanto al principio-derecho³¹⁹ de la pluralidad de instancias en el Código Procesal Penal del 2004.

Como primer punto, es necesario recordar que el derecho posiblemente vulnerado es el de la pluralidad de instancias y este ha sido entendido por el propio Tribunal Constitucional como el derecho a “la doble conforme”, cuando se trate de temas que limiten la libertad de las personas o limiten algún aspecto de su libertad³²⁰; por tanto, en el Perú, cuando se trate el tema de la pluralidad de instancias que busque defender a un procesado en el ámbito penal o que limite su libertad, lo que se debe buscar proteger es “la doble conforme”; siendo que “pertenece al contenido esencial del derecho

las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 91-286.

³¹⁸ BULNES ALDUNATE, L. (2006) Unconstitutionality by Omission. Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, pág. 254

³¹⁹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 23-25.

fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a recurrir las sentencias que le impongan una condena penal... siendo subyacente a dicha previsión fundamental, entre otras cosas, el proteger directa y debidamente el derecho fundamental a la libertad personal, también pertenece al contenido esencial del derecho, el tener oportunidad de recurrir toda resolución judicial que imponga directamente a la persona una medida sería de coerción personal”³²¹.

Como sabemos, la pluralidad de instancias es un derecho-principio, tal como dice Alexy al recordarnos: “Las normas de derecho fundamental, además del concebido carácter de regla, pueden tener el carácter de principio. Cuando tienen este carácter, tales normas deben entenderse como mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas...”³²², es decir que los derechos-principios son aquéllos que han de ser desarrollados por el legislador en busca de la optimización de los derechos fundamentales; como es el caso de la pluralidad de instancias que debe ser delimitado por el legislador al momento de regular un procedimiento.

Hemos de recordar también que el Estado peruano se ha hecho parte de diversos Tratados Internacionales sobre Derechos humanos³²³ que lo vinculan y obligan a cumplir los requerimientos y principios de estos³²⁴, en lo concerniente a temas de respeto de la persona, su integridad y dignidad; los derechos fundamentales son muy importantes y es indiscutible que los derechos fundamentales son más que mera lírica constitucional³²⁵. El problema surge cuando estos Tratados o la propia Constitución, no se respetan y se les

³²⁰ Cfr. Vid. Supra. Pág. 109-110.

³²¹ STC. Del N.º 4235-2010-PHC/TC fundamento 17.

³²² ALEXY, R. (1986) Teoría de los derechos fundamentales, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, pág. XXX

³²³ Cfr. Vid. Supra. Págs. 83-85.

³²⁴ Cfr. Vid. Supra. Págs. 33-35.

pasa por alto al momento de tomar acciones legislativas como emitir leyes, decretos legislativos, etc.; es decir, cuando olvidamos nuestro compromiso internacional³²⁶ y solamente nos avocamos a legislar en positivo como si Constitución no tuviera la importancia normativa que tiene³²⁷, y los Tratados fueran una mera formalidad a la que el país se hizo parte en algún momento de su historia, pero que no le vinculan.

Para empezar con la presente síntesis, hemos de recordar que el Perú está viviendo una etapa de reforma procesal penal desde el año 2004; adoptando un modelo procesal que ha dejado el modelo mixto, predominantemente inquisitivo, para pasar al modelo acusatorio garantista que va de la mano con el Estado Constitucional de Derecho que se pretende instaurar³²⁸; encontrándonos ante “un sistema penal acusatorio que erige como un modelo de procesamiento criminal en donde la igualdad de armas entre la acusación y la defensa constituye fundamentó sustancial...”³²⁹. Con la inclusión de este nuevo código, se ha pretendido, precisamente, dejar de lado aquello que denunciábamos en el párrafo anterior: El olvido de la Constitución como norma suprema y tener a los Tratados como si fueran meros documentos firmados y del que nos hicimos parte, pero que no nos obligan a cumplir lo que está previsto en ellos ni tienen fuerza normativa para nuestros legisladores u operadores jurídicos. Es importante recordar que no hemos de olvidar que las declaraciones de derechos están íntimamente ligadas a la historia del constitucionalismo³³⁰ en sí misma, por lo que son inseparables; y un Estado como el nuestro, que pretende el fortalecimiento de su democracia³³¹, debería observar lo

³²⁵ Óp. Cit. ALEXANDER, R., pág. XIV

³²⁶ Cfr. Vid. Supra Pág. 126 -132.

³²⁷ Cfr. Vid. Supra Pág. 35.

³²⁸ Cfr. Vid. Supra. Págs. 36-41.

³²⁹ PAVA LUGO, M. (2009) La defensa en el sistema acusatorio. Bogotá: Editoriales Jurídicas Andrés Morales, pág. XI.

³³⁰ Cfr. Vid. Supra. Pág. 30.

³³¹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 8 - 10.

prescrito en su Constitución, lo que manda ella y sus Tratados a los que se hizo parte y le sirven como parámetro de interpretación.

Dentro de las novedades que nos ha traído el Código Procesal Penal del 2004, a diferencia del antiguo código que “en efecto, el vetusto C. De PP 1940, asumía por así decirlo, una posición más garantista”³³² al no poder condenar nunca al absuelto en primera instancia, está ahora la posibilidad de que el *ad-quem* (órgano revisor en segunda instancia) pueda condenar en segunda instancia al que fuera absuelto en primera instancia³³³. Esta posibilidad trajo consigo una discusión entre posturas discrepantes; hubo posiciones encontradas aseverando que la figura era inconstitucional por no respetar la pluralidad de instancias³³⁴; y otros que aseveraban que la posibilidad de condenar al absuelto en segunda instancia no afectaba este derecho constitucional³³⁵. A través del presente trabajo se desmitificó la idea de que la figura de la condena del absuelto era inconstitucional, pero se dejó abierta la posibilidad de que se vulnere el derecho a la pluralidad de instancias, reconocida esta figura tanto por la Constitución avalada por Tratados Internacionales. En las líneas que siguen, se hará un análisis más profundo de esta posibilidad de infracción a la Constitución y Tratados que la integran.

Es importante recordar que la Constitución en su art. 139.6, reconoce el derecho a la pluralidad de instancias, pero hemos de ver esta como “plural”, es decir, que no asegura qué tantas instancias podrían haber³³⁶, teniendo la posibilidad de instaurar dos, tres, cuatro o más, lo importante es que sea más de una; es por ello que nuestro país ha adoptado, a modo de cumplir con este requerimiento, la opción de contar con una doble instancia que significa que, la decisión del juez de primera instancia, pueda ser

³³² Óp. Cit. PEÑA CABRERA FREYRE, R., pág. 851.

³³³ Cfr. Vid. Supra. Págs. 50-52.

³³⁴ Cfr. Vid. Supra. Pág. 116 - 120.

³³⁵ Cfr. Vid. Supra. Cap. III.

revisada(no vuelta a juzgar) por un Tribunal de segunda instancia que de mayor fiabilidad del fallo dictado³³⁷ que se brindó por parte del *ad quo*; por lo que en tanto a esto mencionado, es evidente que concordamos con la posición del ex magistrado del Tribunal Constitucional, Vergara Gotelli, que ha afirmado que el Perú es notoriamente, un país que ha optado por la doble instancia y no más³³⁸. Ello lo afirmamos porque, si bien es cierto que nuestra Constitución nos das la posibilidad de poner cuantas instancias quisiéramos, el legislador en cada una de las diferentes ramas procesales ha optado por que la estructura de todos nuestros procesos sean procedimientos de doble instancia y nada más; ello se evidencia en todos los ordenamientos procesales con los que contamos y en la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala a todos las instancias superiores como órganos de apelación de su instancia inferior³³⁹; haciéndose evidente la preferencia del legislador para que los procesos en el Perú se desarrollen en una doble instancia. La única excepción que podemos encontrar dentro de la normativa peruana es la concerniente a los procesos constitucionales de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento que, por la naturaleza que tienen, defensa de derechos fundamentales, pueden llegar en “tercera instancia” al Tribunal Constitucional; irguiéndose este como un recurso ordinario, pero solo en favor del que plantea la acción de defensa de derechos fundamentales³⁴⁰.

³³⁶ Cfr. Vid. Supra. Pág. 19.

³³⁷ Cfr. Vid. Supra. Pág. 49 -52.

³³⁸ Cfr. Vid. Supra. Págs. 73 - 75.

³³⁹ LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. SECCIÓN SEGUNDA:

Artículo 32.- Competencia de la sala suprema... d) de las apelaciones previstas en el segundo párrafo del artículo 292 cuando la sanción es impuesta por una sala superior...

Artículo 41.- Las Salas Penales conocen:...1.- De los recursos de apelación de su competencia conforme a ley...

Artículo 50.- Los Juzgados Penales conocen:... 3.- En grado de apelación, los asuntos de su competencia que resuelven los Juzgados de Paz Letrados...

³⁴⁰ ARIANO DEHO, E. (2011) Reflexiones (viejas y nuevas) sobre la pluralidad de instancias y el derecho de acceso a los medios impugnatorios regulados por la ley EN: CASTILLO CORDOBA, L. (2011) El debido proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales. Lima: Editorial: El búho, Pag.286-288.

De lo desarrollado hasta aquí, rescatamos que la pluralidad de instancias es un derecho-principio³⁴¹ reconocido en la Constitución (art. 139.6), y el legislador peruano, para satisfacerle, dentro de la variedad de posibilidades que tendría para instaurar una instancia plural, ha optado por el modelo de la doble instancia³⁴². Es decir que, hasta este punto, ni “la condena del absuelto”, ni la imposibilidad de apelar ante un órgano superior de modo ordinario el fallo del *ad-quem* que condena al absuelto, han atentado contra la pluralidad de instancias; esto porque el condenado en segunda instancia tuvo una instancia que emitió decisión absolutoria y una segunda instancia que revisó lo decidido, encontrado esta un error que la llevo a decidir su condena; además le podríamos agregar lo acotado por Bardelli Lartitigoyen y Vergara Gotelli³⁴³, que mencionaron que, además de ya tener pluralidad de instancias con el doble pronunciamiento, el condenado ha visto en cada uno de los miembros del Tribunal, una decisión distinta y por tanto, plural, pues la sala revisora siempre estará conformada por un tribunal colegiado (más de un miembro) en el que es posible encontrar pluralidad de decisiones. Por ello, hasta este momento, coincidimos con la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia del Perú en la CONSULTA N° 2491-2010/AREQUIPA³⁴⁴, cuando señaló que, el fin de la pluralidad de instancias es que el objeto de la pretensión pueda ser discutido ampliamente en dos instancias y nada más.

Sin embargo, esto no quiere decir que el derecho a la pluralidad de instancias se vea satisfecho solamente porque se ha respetado lo que está escrito en el art. 139.6 de la carta magna; aún nos queda desarrollar el tema de los Tratados internacionales que, como ya dijimos, son parte de la interpretación de la constitución en Cuanto sean Tratado concernientes a Derechos Humanos, según lo indica la Constitución.

³⁴¹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 23-29.

³⁴² Cfr. Vid. Supra. Pág. 20-29.

El tema en cuanto a los Tratados Internacionales se complica un poco porque tenemos tres instrumentos de suma importancia a desarrollar: La Declaración Universal de Derechos Humanos(DUDH)³⁴⁵, La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)³⁴⁶ y El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³⁴⁷. Para empezar, diremos que la DUDH es sumamente genérica, pues solo acota que al acusado deberán asegurársele todas las garantías necesarias para su defensa³⁴⁸, sin decir exactamente cuál debe ser esta garantía y como debe dársele esta; por ello, es necesario recurrir a los otros dos Tratados para esclarecer el tema y enmarcar aún más a que se refieren estas garantías de las que habla la Declaración. Como segundo Tratado a invocar, tenemos el PIDCP, que expresa 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”³⁴⁹; lo cual, a mi entender, es lo suficientemente claro para entender que no se habla solamente de la revisión del fallo el que se dictó en primera instancia, sino que se estima **el derecho a recurrir el fallo por toda persona declarada culpable**³⁵⁰, sin expresar en que momento o situación concurriría esto (primera, segunda, o tercera instancia): **EL DERECHO A RECURRIR DEBE VERSE MATERIALIZADO EN EL MOMENTO QUE ENCUENTRAN CULPABLE A UNA PERSONA Y LE CONDENAN**; a razón de ello, también recordamos que la Observación General N° 32 de Comité De Derechos Humanos³⁵¹, desarrolla más aun este punto y señaló que esta es una imposición al Estado para que revise TODO FALLO CONDENATORIO de modo tal que se pueda observar lo relacionado a temas de hecho

³⁴³ Cfr. Vid. Supra. Pág. 75.

³⁴⁴ Cfr. Vid. Supra. Pág. 56.

³⁴⁵ Cfr. Vid. Supra. Pág. 85.

³⁴⁶ Cfr. Vid. Supra. Pág. 84.

³⁴⁷ Cfr. Vid. Supra. Pág. 84.

³⁴⁸ Cfr. Vid. Supra. Pág. 85.

³⁴⁹ Cfr. Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos – art. 14, inc. 5.

³⁵⁰ Cfr. Vid. Supra. Pág. 84.

y valor probatorio ante el tribunal revisor. Hemos de recordar que en el mismo artículo versa la siguiente frase: “conforme lo prescrito por la ley”³⁵²; que, aunque algunos puedan entenderlo como la libertad del Estado para definir si habrá apelación o no a la condena del absuelto o cómo es que configuran sus sistema procesal interno a libre voluntad, en realidad significa que los Estados podrán prever el medio por el cual satisfacen ese derecho dentro del sistema procesal que hayan adoptado a su libre elección, pero sin tener opción a obviar lo que se ha establecido como derecho del condenado; tal como señala la Comunicación No. 64/1979 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³⁵³. Hemos de agregar a esto, lo dicho por Lucas Tassara, quien alega que: “La regulación más clara es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, inc. 5...y ello es así puesto que en un marco democrático y republicano la impugnación debe ser concebida como una garantía procesal, por ende, de estricta aplicación a favor del imputado, y ya no como un medio de control del poder que históricamente se delegaría en los tribunales inferiores...”³⁵⁴. Es con lo dicho hasta aquí que, concordamos con la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de justicia del Perú en Casación 195-2012-Moquegua³⁵⁵, puesto que más allá de las interpretaciones supralingüísticas que se pueden pretender sobre este artículo del Pacto, es irrefutable que aquí se ve expresado el derecho del condenado a recurrir el fallo que lo condena, fuera en la instancia que fuera y sin importar si ya fueron doblemente revisadas las posiciones; pretender lo contrario sería caer en “la manía interpretativa que termina por ser a la larga una nueva forma de ficción que a veces encalla en el

³⁵¹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 111-113.

³⁵² Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos – art. 14, inc.5. “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallocondenatorio y la pena que se l e haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, **conforme a lo prescrito por la ley.**”

³⁵³ Cfr. Vid. Supra. Pág. 112-113.

³⁵⁴ TASSARA, L. (2005) Las decisiones de mérito dictadas por la cámara de apelaciones. Garantías, medidas cautelares e imputa naciones en el proceso penal, Editorial Jurídica Nova Tesis, pág. 678

³⁵⁵ Cfr. Vid. Supra. Págs. 59 - 70.

disparate”³⁵⁶. El momento que debe poder recurrirse es el de la condena en sí misma ya que, “las garantías, necesariamente deberán estar del lado del más débil, esto es, el sujeto imputado. De allí que no corresponde la impugnación de una fallo absolutorio u otra decisión que le favorezca...”³⁵⁷; no pudiendo darse por satisfecha esta garantía con el solo hecho de revisar los alegatos de las partes dos veces.

Como último punto a tratar, tenemos la CADH, que en su artículo 8.2.h señala que toda persona tiene “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”³⁵⁸; hasta aquí podría considerarse una apreciación genérica y que podría satisfacerse también con la doble instancia; sin embargo, en el Caso Mohamed Vs. Argentina, la Corte ha delimitado este espectro y ha señalado que “...es una garantía establecida a favor del acusado y que, con independencia de que la sentencia condenatoria hubiere sido impuesta en única, primera o segunda instancia, debe garantizarse el derecho de revisión de esa decisión por medio de un recurso que cumpla con los estándares desarrollados por la Corte...”³⁵⁹; es evidente ante ello, dos puntos: a) Que la Corte considera necesario revisar el fallo condenatorio siempre, no importando en que instancia se de este como tal³⁶⁰; y b) Esta revisión del fallo debe estar configurada dentro de los estándares que ha señalado la corte en diferentes sentencias³⁶¹, que señalan que esta revisión debe poder revisar hechos y modificar valor probatorio de los medios de prueba utilizados en la instancia que condenó; siendo necesario una instancia ordinaria y que no esté sujeta a requisitos o situaciones excepcionales. Ante esto dicho, conconcordamos con la Corte IDH al explicar que el derecho a impugnar el fallo no está ligado solamente a la

³⁵⁶ GARCÍA MÁRQUEZ, G. La poesía, al alcance de los niños. El país, opinión, 27-01,1981.

³⁵⁷ HORACIO OBLIGADO, D. (2005) Medios impugnatorios del proceso penal: presentación y opinión. Garantías, medidas cautelares e imputa naciones en el proceso penal. Editorial Jurídica Nova Tesis, pág. 658

³⁵⁸ Convención Americana de Derechos Humanos – 2.h.

³⁵⁹ Cfr. Vid. Supra. Pág. 95.

³⁶⁰ Cfr. Vid. Supra. Pág. 95-97.

pluralidad de instancias sino también al derecho de defensa³⁶², es decir, que no se vería satisfecha con la sola presencia de una instancia revisora del fallo, sino que, además, debe esta instancia revisora, poder revisar la integridad DEL FALLO CONDENATORIO que es expedido como la manifestación del estado para reprimir al presunto culpable³⁶³ y por tanto, goza de una posición mejor que la del condenado al ser el Estado el que persigue el delito y a su vez lo condena. Observando esto, es importante referenciar que las sentencias de la Corte IDH tienen la calidad de “cosa interpretada”, por lo que, lo que sea decidido en estos Tribunales, es de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros³⁶⁴; por tanto, queda dicho que la Convención defiende “la doble conforme” y lo debemos acatar como tal.

Hasta aquí, parece bien definido el tema de la Pluralidad de instancias para los Tratados internacionales; **la posibilidad de recurrir el fallo solo se ve materializada al momento que la persona es condena y esta encuentre un recurso efectivo que le posibilite cuestionar lo decidido por el juez o Tribunal que lo condenó.** Sin embargo, hemos de analizar también lo que dice el Tribunal Constitucional Peruano que, aunque no ha emitido aún una posición definitiva sobre el tema de la pluralidad de instancias en la condena del absuelto, ya ha tenido oportunidad de expresar su opinión sobre la pluralidad de instancias en sentido genérico en tanto a un proceso penal, tomando en cuenta lo dicho la Corte IDH haciendo un “control de convencionalidad”³⁶⁵.

Hemos de decir que el Tribunal ha tenido oportunidad de expresar su posición sobre la pluralidad de instancias en reiteradas sentencias³⁶⁶, de la cual extraemos que el derecho a

³⁶¹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 86-90.

³⁶² Cfr. Vid. Supra. Págs. 89-90.

³⁶³ Cfr. Vid. Supra. Pág. 90.

³⁶⁴ Cfr. Vid. Supra. Págs. 104-106.

³⁶⁵ Cfr. Vid. Supra. Págs. 107-110.

³⁶⁶ Cfr. Vid. Supra. Págs. 72, 73 y 75 -76.

la pluralidad de instancias es un derecho que posibilita recurrir a las partes aquellas resoluciones que los afectan³⁶⁷; y lo mínimo que podrá encontrarse es la doble instancia³⁶⁸, no pudiendo haber menos; con esto, el derecho se vería satisfecho; es decir, un legislador, al momento de hacer un proceso, como mínimo deberá establecer dos instancias para dejar a salvo este derecho. Sin embargo, hemos de recordar lo que avocamos al inicio de este punto, puesto que el Tribunal en un caso específico, el de Cesar Nakazaki Servigón en favor de Alberto Fujimori Fujimori en el EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC³⁶⁹, se expresó la misma opinión que venía sosteniendo en su anteriores sentencias, pero esta vez fue un poco más extensivo en su espectro de análisis, agregando a los Tratados Internacionales y sus postulados sobre la posibilidad de recurrir el fallo³⁷⁰; por ello, el Tribunal ha considerado que aun cuando los colegiados sean instancias plurales, cuando se dé una sentencia condenatoria, deberá asegurarse que el condenado pueda apelar dicho fallo y preservar su derecho a la libertad³⁷¹; y para ser más específico aún, dio un listado de situaciones bajo las cuales, deberá implantarse una instancia de revisión de manera indefectible, encontrándose dentro de ellas, las sentencias que impongan una condenada penal³⁷². Es por esto visto aquí que es irrefutable que **SIEMPRE DEBERÁ PROVEERSE AL CONDENADO DE UNA INSTANCIA MÁS PARA QUE PUEDA REVISAR EL FALLO QUE LO HA CONDENADO POR PRIMERA VEZ**; presentándose así el cumplimiento del derecho de “la doble conforme”; visto este como “el derecho del condenado a recurrir del fallo y de la pena: lo que se exige es la doble instancia ordinaria a favor del condenado.... En

³⁶⁷ Cfr. Vid. Supra. Pág. 72.

³⁶⁸ Cfr. Vid. Supra. Pág. 73.

³⁶⁹ Cfr. Vid. Supra. Pág. 107.

³⁷⁰ Cfr. Vid. Supra. Pág. 108.

³⁷¹ Cfr. Vid. Supra. Pág. 109.

³⁷² Cfr. Vid. Supra. Pág. 109.

sintética expresión, se ha dicho que el doble conforme es un juicio al juicio³⁷³; derecho que “versa en la Convención que expresa que toda persona inculpada de delito tiene derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”³⁷⁴; siendo un derecho del imputado que está planteado en favor de él; es decir, este principio asegura que las personas que sean condenadas, tengan una segunda revisión de su sentencia condenatoria³⁷⁵; pasa esto porque es “Mejor dos veces sobre lo mismo o, simplemente mejor dos veces, porque posiblemente no lleguemos a lo mismo”³⁷⁶; este alocución nos evidencia que el derecho es en favor del imputado a razón de que al abordar dos veces el mismo tema, nos llevará inexorablemente a una conclusión distinta y este riesgo debe poder regularse dando siempre una revisión en favor del condenado.

De lo desarrollado hasta este punto, podemos afirmar que no basta con haber satisfecho la doble instancia el art. 139.6, sino que además, deberíamos de haber satisfecho los Tratados Internacionales antes mencionados, dando no solo dos instancias, sino dando específicamente la posibilidad de recurrir el fallo a la persona que es condenada por primera vez, para poder considerar que en el Perú, estamos respetando la Constitución y los Tratados que la integran. De lo visto, sintetizamos que lo que nos piden los Tratados no es la sola revisión de los fallos de primera instancia, sino que esta revisión se dé cuando se ha condenado a una persona, fuera en la instancia que fuera; por lo que “Se trata de una garantía sólo aplicable a las sentencias condenatorias o, en términos

³⁷³ CRIOLLO MAYORGA, G. LA GARANTÍA DEL DOBLE CONFORME Y EL RECURSO DE CASACIÓN, Pág. 4, en: <http://www.derechoecuator.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2010/03/17/la-garantia-del-doble-conforme-y-el-recurso-de-casacion>

³⁷⁴ SOLANO AYALA, J. LA GARANTÍA DEL “DOBLE CONFORME” Y EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA, pág. 1, en: http://www.justiciasanluis.gov.ar/wp-content/uploads/2013/10/archivos_Academico_La_garant%C3%ADa_del_doble_conforme_y_el_recurso.pdf

³⁷⁵ Óp. Cit. SOLANO AYALA, J., Pág. 11.

³⁷⁶ José Saramago en “Ensayo sobre la lucidez” (Conversación entre el ministro del interior y el alcalde.)

genéricos, a las decisiones que importan una consecuencia jurídico-penal..."³⁷⁷. En el caso del Código Procesal Penal, después de que se ha condenado a alguien en segunda instancia cuando esta fue absuelto en primera instancia, presentándose así su primera condena, no hay ningún recurso ordinario al que pueda recurrir para cuestionar el fallo y este hecho sería inconstitucional: La no posibilidad de recurrir el fallo condenatorio dictado por primera vez en segunda instancia.

Entonces, hemos dicho que “la condena del absuelto” propiamente dicha no es inconstitucional, sin embargo, de la síntesis realizada, hemos encontrado que los Tratados, parte fundamental para interpretación de la Constitución, nos exigen “la doble conforme” y esto no se da después de que ocurre la figura de la condena del absuelto; ante esto dicho, **considero que se está presentando una “inconstitucionalidad por omisión” a razón de que estamos desatendiendo un derecho que emana de un Tratado y se ve reflejado en nuestra Constitución**, pero que el legislador no ha desarrollado en el Código Procesal Penal. Porque “resulta claro que el proceso penal, al poner en juego el valor libertad y formar parte de toda una obra estatal, montada en general, contra una persona, en pos de aplicarle la fuerza pública... Deberá asegurarse más estrictamente y por tanto, también a través de un control ex post efectuado por un órgano distinto al que emitió la condena.”³⁷⁸

Pero, lo dicho hasta aquí, no es completamente nuevo, ya que La Corte Suprema³⁷⁹ ha afirmado algo muy similar a lo que el autor de esta tesis ha concluido, pero ha aducido que la casación sería un recurso eficaz para el condenado, en caso desee cuestionar la decisión que lo condena, pueda hacerlo; esto por una serie de aspectos que debemos profundizar para saber si la casación es un recurso que logre satisfacer el derecho de

³⁷⁷ Óp. Cit. TASSARA, L., pág. 678 - 679.

³⁷⁸ Óp. Cit. DEL CORRAL, D., pág. 722

revisión del fallo en el condenado. El siguiente punto se encargará de lo antes mencionado: hacer una síntesis que concluya si la casación es un modelo efectivo o no para cuestionar el fallo condenatorio del absuelto en primera instancia que fuera posteriormente condenado. La pregunta central será: ¿Es la casación el medio ideal para controlar la condena del absuelto y satisfacer los requerimientos de los tratados internacionales?

4.5.- LA NATURALEZA DE LA CASACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004.

De lo dicho en la parte final del punto anterior, lo último que correspondería hacer para ratificar que existe la imposibilidad de recurrir el fallo por parte del condenado después de que se presenta la figura de la condena del absuelto, es verificar que el recurso de casación no cumple con los estándares otorgados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que el condenado obtenga una revisión integral de su fallo; pero antes de llegar a esta síntesis, considero necesario realizar una breve aproximación a la casación en el Código Procesal Penal del 2004.

Lo primeramente fundamental es definir el recurso de casación, para ello, citaremos a José Antonio Neyra Flores que considera que: “El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario de efecto no suspensivo, de carácter devolutivo y siempre extensivo en lo favorable, atribuido exclusivamente al órgano supremo de la jurisdicción: La Corte Suprema.”³⁸⁰; por lo que podemos encontrar que el recurso de casación es una medio de naturaleza EXTRAORDINARIA, que no tiene como finalidad suspender la ejecución de la sentencia y que está encargado a la Corte Suprema; por su

³⁷⁹ Cfr. Vid. Supra. Pág. 65.

³⁸⁰ NEYRA FLORES, J. EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 01-2007. (2009) en:

parte, Luis Fernando Iberico Castañeda considera que “El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario, de competencia exclusiva de la Sala Penal de la Corte Suprema, tal como lo establece el artículo 141 de la Constitución Política del Estado. Tiene efecto devolutivo, por cuanto su conocimiento es de cargo del órgano superior del que dictó la providencia jurisdiccional cuestionada.”³⁸¹; y para terminar, contamos con la opinión de Gómez Orbaneja, citado por San Martín Castro que define al recurso de casación como “...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 concepción jurídica causal del fallo ...”³⁸²; por lo que en suma cuenta, deducimos que el recurso de casación es visto siempre como un recurso extraordinario, llegando algunos a autores a señalar que es la búsqueda de anulación de RESOLUCIONES DEFINITIVAS de tribunales inferiores, no sujetas ya a ninguna otra impugnación o posibilidad de revisión, y lo más importante, que solo versan sobre errores de derecho por lo que, no pueden pronunciarse sobre los hechos.

Recordemos que, siguiendo a Yolanda Doig Díaz, “si se parte de los postulados propios del Estado Constitucional de Derecho y se tienen en cuenta las prescripciones que derivan de la Constitución peruana, la casación debe encomendarse a la Corte Suprema con el fin de uniformizar la jurisprudencia, como garantía del derecho a la igualdad en la

[http://www.justiciayderecho.org/revista1/articulos/ARTICULO%20DE%20CASACION%20DR\[1\]\[1\]\[1\].%20NEYRA.pdf](http://www.justiciayderecho.org/revista1/articulos/ARTICULO%20DE%20CASACION%20DR[1][1][1].%20NEYRA.pdf)

³⁸¹ IBERICO CASTAÑEDA, L. (2011) Estudio introductorio de la impugnación y el recurso de casación en el Nuevo Código Procesal Penal. Anuario de derecho Penal, Económico y de la Empresa., Lima: Editado por el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), pág. 38.

³⁸² SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. (2006) Derecho procesal penal. Volumen II. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY, pág. 717.

aplicación judicial de la ley y de los valores de certeza y seguridad jurídica”³⁸³; por lo visto, la única función que debe cumplir la casación es la de unificar la jurisprudencia nacional y servir como fuente para asegurar al acusado uniformidad a la hora de emitir un juicio por parte de un juez o tribunal³⁸⁴. Hemos de añadir lo que dijo López Barja de Quiroga que sostiene que: “La idea básica, que no debe perderse de vista, es que se trata de un recurso para la unificación de la doctrina, es decir, la finalidad concreta del recurso es obtener la igualdad en la aplicación de la ley y, para ello, el objeto del recurso tiene que ser la unificación de la doctrina jurisprudencial.”³⁸⁵; jamás es vista la casación como un órgano revisor de la condena y mucho menos como una tercera instancia ordinaria que se habilite para debatir cuestiones de hecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos nos ha brindado una serie de características que se deben de cumplir para que el recurso de revisión de una fallo condenatorio, sea legítimo³⁸⁶; por lo que es necesario también, señalar las características de la casación penal; para ello citamos Moreno Catena por San Martín Castro, “señala tres notas esenciales o características 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 y 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

³⁸³ DOIG DÍAZ, Y. (2008) El sistema de recursos en el proceso penal peruano. Hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación. EN: HURTADO POZO, J. (2004) LA REFORMA DEL PROCESO PENAL PERUANO ANUARIO DE DERECHO PENAL 2004, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Págs. 208-209.

³⁸⁴ Óp. Cit. DOIG DÍAZ, Y., Pág. 211.

³⁸⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2007) Tratado de derecho procesal penal. Volumen II, Navarra: Thomson – Aranzadi., pág. 1435.

³⁸⁶ Cfr. Vid. Supra. Págs. 87-88.

lado, por la imposibilidad de introducir hechos nuevos en ese momento procesal...”³⁸⁷; de lo que hemos acotado, es necesario resaltar que todos esbozan al recurso de casación como un recurso que será solamente utilizable en determinadas ocasiones y con rigor formal, es decir, que debe cumplir ciertos requisitos para poder entablarse ante la Sala Penal de la Corte Suprema; y ante ello, jamás podrá ser visto como una tercera instancia ordinaria; por esto, hemos de recordar que en el caso de nuestra posible inconstitucionalidad por omisión a la pluralidad de instancia por no contar con un recurso efectivo después de producida la condena del absuelto, “se vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva si el legislador condicionara la admisibilidad del recurso a presupuestos o requisitos...”³⁸⁸, según Juan Montero Aroca; por lo que, la existencia de requisitos es una limitante para el condenado que pretenda interponer la casación.

Además, lo que nos importa es saber si la Sala Penal puede evaluar hechos y ofrecer una revisión plena del fallo condenatorio; para ello citaremos nuevamente a Luis Fernando Iberico Castañeda, que señala que: “En los artículos 427 y 428 del NCPP, básicamente se establecen los requisitos específicos de admisibilidad del recurso de casación, cuya interposición además debe cumplir con los requisitos generales previstos en el artículo 405 del acotado cuerpo de leyes. Finalmente el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada, con lo que queda claro que cuando la Corte Suprema actúa en sede de casación no lo hace como instancia de mérito y por ende carece de la facultad de re examinar el juicio de hechos en virtud a la valoración de los medios probatorios

³⁸⁷ Óp. Cit. SAN MARTÍN CASTRO, C., págs. 717-718.

³⁸⁸ MONTERO AROCA, J. (2008) Proceso penal y libertad, ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal, Navarra: Aranzadi, pág. 471.

actuados.”³⁸⁹; de ellos concluimos: 1) Se deben cumplir con ciertos requisitos, por ende, no es aplicable para todos; 2) La Sala no actúa como una instancia de mérito y no como una instancia ordinaria; y 3) No puede examinar el juicio de hechos en virtud a valoración de medios probatorios.

Además, hemos de decir que La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la sentencia recaída en la Queja N° 66-2009 delimitó el contenido del interés casacional a los siguientes aspectos: 1) Unificación de interpretaciones contradictorias y 2) La exigencia ineludible, por sus características generales, de obtener una interpretación correcta de específicas normas de derecho penal y procesal penal. No encontrando dentro de ninguna de ellas, la opción de función como instancia revisora para los casos en que un absuelto fuera condenado en segunda instancia. Es decir, para englobar la idea, según Peña Cabrera Freyre, las causales podrían sintetizar en saber “si la sentencia o auto han sido expedidos en inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías...”³⁹⁰; pero son causales que no tienen que ver con el fondo de la sentencia condenatoria, o valoración de hechos o pruebas.

Así concluimos en igual sentido que Neyra Flores al decir: “...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...”³⁹¹; teniendo la casación una naturaleza excepcional y jamás vista como una tercera instancia que pueda otorgar una revisión integral del fallo. Es más, la casación sólo se podrá usar cuando el proceso penal se haya terminado y hubiese sentencia definitiva, como señala Peña Cabrera: “El recurso de

³⁸⁹ Óp. Cit. IBERICO CASTAÑEDA, L., Pág. 39.

³⁹⁰ Óp. Cit. PEÑA CABRERA FREYRE, R., pág. 871.

casación procede contra sentencias definitivas... Debe precisarse que el recurso de casación sólo procede ante resoluciones jurisdiccionales que tengan una incidencia definitiva... La sentencia como epílogo del proceso penal..."³⁹²; además hemos de agregar lo dicho por Binder que considera a la casación como un recurso que "tradicionalmente, se circunscribe al control de la aplicación del derecho, sin ingresar a la construcción de hechos... El recurso tiene un límite que ha sido, hasta ahora, inquebrantable: ejerce, fundamentalmente, ejerce un control sobre la sentencia y sobre sus fundamentos ya que, por imperativo del principio de inmediación, no puede ir más allá..."³⁹³; es decir, por no haber inmediación, la casación no podrá entenderse como una instancia que controle hechos sino solamente derecho y su aplicación dentro del territorio nacional. La casación no puede entrar a valorar pruebas o hechos de ningún modo o bajo ninguna circunstancia precisamente porque carece de inmediación con la prueba o con las partes; lo que la limita a ser una instancia que sólo conoce de errores en el proceso o errores por interpretación de normas.

En la casación solo se podrá encontrar solución a temas de derecho y no podría servir para usarla como instancia ordinaria, ya que de hacerlo, estaríamos yendo contra la naturaleza de la casación y olvidando su máximo fin: La uniformidad de la jurisprudencia y la igualdad de criterios al momento de juzgar a una persona. Por tanto, adelantamos que, aun cuando nuestro NCPP ha brindado la opción de la casación excepcional; esta no es suficiente para satisfacer los estándares de la Corte IDH porque aunque esta no exige requisitos y es de amplia revisión, depende su aprobación de la mera voluntad de los miembros de la Sala Penal permanente de la Corte Suprema,

³⁹¹ Óp. Cit. NEYRA FLORES, J., Pág. 5.

³⁹² Óp. Cit. PEÑA CABRERA FREYRE, R., pág. 869.

³⁹³ BINDER, A. (2002) Iniciación al proceso penal acusatorio, Buenos Aires: Editorial Alternativas, págs. 125-126.

evitando de este modo que se convierta en un recurso apelatorio ordinario y de libre acceso para el condenado³⁹⁴.

4.6.- LA CASACIÓN: ¿RECURSO EFICAZ?

El último punto que corresponde tocar en este capítulo es responder a la pregunta: ¿la casación es un recurso eficaz para satisfacer la pluralidad de instancias que nos exige los Tratados Internacionales sobre la posibilidad de recurrir el fallo después de que se presenta la figura de la “condena del absuelto” en el código procesal penal del 2004?; Como sabemos hasta aquí, estamos obligados por la Constitución y los Tratados Internacionales a los que nos hicimos parte, a otorgar un recurso eficaz al condenado en segunda instancia que fuera absuelto en la primera; de no otorgarse esta posibilidad de recurrir el fallo, estaríamos ante una inconstitucionalidad por omisión que podría ser objeto de pedido de cese al Tribunal Constitucional para que la violación a la Constitución por medio de la desatención de un Tratado Internacional sobre Derechos Humanos, no continúe³⁹⁵ o podría ser objeto de denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que esta ponga el caso en jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ello conllevaría a ser condenados una vez más en caso de confirmarse la presunta violación.

La Sala Penal de la Corte Suprema ha sostenido la tesis de que la pluralidad de instancias se ve satisfecha con el recurso de casación para el condenado por primera vez en segunda instancia, siempre que se cumplan con ciertos requisitos al momento de presentarse la figura de “la condena del absuelto”, habiendo delimitado la figura de la condena del absuelto a una serie de requerimientos para que pueda darse y así, pueda ser objeto de revisión por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema vía el recurso de

³⁹⁴ Óp. Cit. NUÑEZ PÉREZ, F., pág. 176.

casación si fuera necesario. Los puntos que siguen harán la síntesis acerca del cumplimiento del derecho a la pluralidad de instancias bajo los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las reglas otorgadas por la Corte Suprema para que se pueda presentar una “condena del absuelto”.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Casación “195-2012-Moquegua”, con el fin de proteger el principio de inmediación, que es tan importante para el proceso penal acusatorio, ha determinado que se prohíbe expresamente que el órgano revisor, tribunal encargado de la revisión, modifique el valor probatorio de la prueba en primera instancia; por lo que sería imposible que el *ad-quem* condene a una persona si es que varía el valor probatorio de la prueba en primera instancia, pero otorga una excepción que se da cuando su valor probatorio se cuestionó por otra prueba distinta a la que ya fue valorada, más claramente solo se podrá modificar su valor probatorio por prueba nueva y obviamente esta debe ser actuada frente al *ad-quem*; tratando de respetar así el principio de inmediación³⁹⁶. Hemos de acotar que la Sala estipuló que la condena del absuelto solo se dará en los siguientes supuestos: 1) Cambiando el valor probatorio de la prueba pericial, documental, preconstituida o anticipada, pues estos medios no exigen inmediación; 2) Cambiando el valor probatorio de la prueba personal, en razón de la actuación de prueba en segunda instancia que cuestione el valor probatorio de la prueba que ya fue valorada; y 3) Condena del absuelto en razón de corrección de errores de derecho³⁹⁷. Estos serían los casos en los que podría darse la condena del absuelto según la Sala; es decir, **restringe el espectro por el que se podría condenar a alguien en segunda instancia solo a cuestiones que no requieren inmediación con el tribunal revisor o que requieren inmediación, pero su valor probatorio se ve variado por**

³⁹⁵ Cfr. Vid. Supra. Pág. 134.

³⁹⁶ Cfr. Vid. Supra. Págs. 68-69.

³⁹⁷ Cfr. Vid. Supra. Pág. 69-70.

una prueba nueva que generaría la condena del que hubiera sido absuelto; por tanto, en caso de variar el valor probatorio de una prueba en primera instancia para condenar, solo se podría hacer: 1) Confrontándola con prueba nueva que se deberá de actuar frente al *ad-quem*, considerando necesaria la presencia del acusado cuando se le condena en segunda instancia y además, la actuación de esta prueba nueva, o 2) Variando el valor probatorio de una prueba que no requiere de la inmediación; dejando como última posibilidad la condena por error de derecho que no requeriría de pruebas ni hechos y por tanto, no es necesaria la inmediación. Alegando, la Sala, de modo final que considera que la casación es la oportunidad en la que el justiciable podrá establecer la vulneración de algún derecho fundamental por la afectación de garantías constitucionales en caso ser condenado en segunda instancia por esta prueba nueva o alguna de las causales ya expuestas con anterioridad.³⁹⁸

Es decir, la Sala considera que la casación servirá para proteger la vulneración de derechos fundamentales cuando: 1) Se condena al acusado en segunda instancia y este no haya estado presente, 2) Se condene al acusado en segunda instancia sin actuar prueba nueva que cambie el valor probatorio de la prueba en primera instancia, y 3) Como un recurso que sirve para la defensa de derechos fundamentales ante la condena del absuelto. Ante todo esto, podemos rescatar que la Sala hace una muy ávida defensa de la inmediación; **pero jamás expresa como es que el condenado puede, por medio de una recurso ordinario, cuestionar la condena que le ha instaurado el *ad-quem* basándose en prueba nueva, prueba que no requiere inmediación o error de derecho.** Recordando para esto que la casación es vista como un recurso EXTRAORDINARIO³⁹⁹ y que no podrá versar sobre hechos ni podrá calificar la prueba

³⁹⁸ Cfr. Vid. Supra. Pág. 70.

³⁹⁹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 150-152.

nueva presentada en segunda instancia⁴⁰⁰; obviando lo que ha señalado Montero Aroca al decir que “de las salas o secciones que han de conocer del recurso de apelación ha de tener siempre la condición de ordinarios, en el sentido más amplio de la expresión...”⁴⁰¹.

Esto es lo que nos ofrece la Sala, pero considero necesario enunciar los requisitos que nos da la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para poder descalificar definitivamente a la casación como un recurso eficaz. La Corte nos exige que: 1) Este recurso debe autorizar la revisión completa del fallo⁴⁰²; 2) Debe poder haber una nueva valoración de la prueba⁴⁰³; 3) Debe estar facultado para revisar los hechos establecidos como ciertos en la primera instancia⁴⁰⁴; 4) Debe darse por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica⁴⁰⁵, y el más importante, 5) Debe ser un recurso ordinario y que no prevea trabas a su interposición; por ello, según lo dispuesto por la Corte, la casación sería un recurso insuficiente para satisfacer “el recurso efectivo para recurrir el fallo condenatorio” que se nos exige; además, similar postura toma Comité de Derechos Humanos, en casos parecidos contra el Estado Español, sosteniendo que la casación es una revisión parcial⁴⁰⁶, y que está sujeto a límites para la revisión del fallo⁴⁰⁷; características propias de la casación, pero que le hacen insostenible como recurso efectivo para recurrir un fallo de modo ordinario; tal como nos indica María Rocovich: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos exige un recurso que permita la revisión integral de la sentencia de condena; sí llamamos a este recurso casación, debe tender a su ordinarización en el sentido que permita la revisión del fallo, incluyendo cuestiones de hecho y prueba, no convirtiéndola en una vía formalista que torne

⁴⁰⁰ Cfr. Vid. Supra. Pág. 153-155.

⁴⁰¹ Óp. Cit. MONTERO AROCA, J., Pág. 508.

⁴⁰² Cfr. Vid. Supra. Pág. 87.

⁴⁰³ Cfr. Vid. Supra. Pág. 87.

⁴⁰⁴ Cfr. Vid. Supra. Pág. 87.

⁴⁰⁵ Cfr. Vid. Supra. Pág. 88.

⁴⁰⁶ Cfr. Vid. Supra. Págs. 114-115.

⁴⁰⁷ Cfr. Vid. Supra. Pág. 115.

abstracta la garantía de la doble instancia consagrada constitucionalmente...”⁴⁰⁸. Es evidente que la casación no puede ser vista como un proceso ordinario y no favorece a la revisión integral del fallo; así se dijo “En el caso Cesareo Gómez Vásquez... el comité sostuvo que la persona había sido objeto de una violación del art. 14.5 porque su condena solamente había sido revisada en casación ante el Tribunal Supremo, recurso que no cumple con los elementos que exige el Pacto, de modo que el fallo y la condena no fueron revisados íntegramente, dado que la casación se limitó a aspectos formales y legales...”⁴⁰⁹

Ante esto visto, podemos concluir que se requiere que el tribunal superior verse sobre el fondo de la controversia, pueda examinar los hechos, las defensas propuestas y las pruebas recibidas; cosa que en contraposición a las características de la casación⁴¹⁰, es imposible que esta se vea como un recurso pleno, puesto que solo actúa en determinadas ocasiones y el órgano de la casación no enjuicia sobre las pretensiones de las partes, sino sobre el error padecido por los tribunales de instancia que en el recurso se denuncia; tal como señala Cesar San Martín al indicar que “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...”⁴¹¹; lo cual la convierte en un recurso aplicable solo en ciertas ocasiones y no aplicable siempre que se presente una condena.

A lo dicho aquí, debemos agregar, sobre el inciso 2 del artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

⁴⁰⁸ ROCOVICH, M. (2005) El recurso de casación ¿satisface la garantía de la doble instancia? Garantías, medidas cautelares e imputa naciones en el proceso penal. Buenos Aires: Editorial jurídica NOVA TESIS, Pág. 668.

⁴⁰⁹ Óp. Cit. MONTERO AROCA, J., Pág. 476.

⁴¹⁰ Cfr. Vid. Supra. Pág. 152.

⁴¹¹ Óp. Cit. SAN MARTÍN CASTRO, C., pág. 995.

Fundamentales⁴¹², en el que se señala la posibilidad de que el condenado en segunda instancia no tenga una opción a recurrir el fallo; hemos de decir que esta postura podría servir como una posible salida para no otorgar el recurso efectivo, pero por desgracia, los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Perú son muy claros en cuanto el derecho a otorgar el fallo en favor del condenado; ante esto, no habría necesidad de una interpretación integradora acudiendo a fuentes europea; ya que como hemos visto, la Corte y el Comité, encargados de pronunciarse sobre el sentido de los tratados, han expresado que el derecho a recurrir el fallo es en favor del condenado en cualquier instancia que la condena se dé; no habiendo excepciones establecidas. Para el Perú no podría ser aplicable ya que no somos parte del Convenio Europeo ni podría servir como instrumento para complementar la interpretación por los tratados a los que somos partes ya que estos son lo bastante claros y no ofrecen excepción; además, el protocolo 7 se irgue como una suerte de excepción a la norma que en realidad, solo aplica para los países que son parte de esta excepción.

Ante lo antes expresado, concluyo que **LA CASACIÓN NO ES UN RECURSO PLENO NI EFICAZ PARA SATISFACER LA DOBLE CONFORME A LA QUE NOS OBLIGAN LOS TRATADOS INTERNACIONALES**; ante esto, el Perú está violando la Constitución y los derechos humanos por medio de una omisión del legislador que no atendió un Tratado Internacional, como nos corresponde hacer. Es decir, **ESTAMOS ANTE UNA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN**, a razón de que “la vinculación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos supone adelante e impone el reconocimiento de la existencia, en el ámbito penal, de un derecho fundamental no sólo a los recursos previstos, sino a que la ley los provea

⁴¹² Cfr. Vid. Supra. Pág. 78.

expresamente”⁴¹³; ante lo cual, nos enfrentamos ante una desatención de un derecho fundamental que es desarrollado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y no solo de este, sino también de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derecho Humanos al desatender sus sentencias que, como hemos visto, también nos obligan a observarles por tratarse de “cosa interpretada”⁴¹⁴; por ende, ya podemos hablar de un ACTO LESIVO, visto este como “aquella conducta u omisión proveniente de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza o vulnera derechos fundamentales”⁴¹⁵.

El capítulo que sigue, buscará dar una solución legítima a este ACTO LESIVO para que el Perú se convierta en un Estado que efectivamente respeta el Estado Constitucional de Derecho que pretende instaurar, defender y pretende hacer primar, y evite más condenas por parte de la Corte IDH.

⁴¹³ CODÓN MORENO, F. (2002) Las garantías constitucionales del proceso penal. Navarra: ARANZADI, pág. 205

⁴¹⁴ Cfr. Vid. Supra. Págs. 104 - 106.

⁴¹⁵ ETO CRUZ, G. (2013) “TRATADO DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO”, Lima: Editorial el búho, pág. 254.

CAPÍTULO V

LA SOLUCIÓN LEGÍTIMA

SUMARIO: 5.1.- Nota preliminar. 5.2.- ¿Es conveniente una reforma legislativa? 5.3.- Posibles soluciones aplicables al Perú. 5.4.- Por ejemplo... 5.5.- Elección de la mejor solución para el Perú – Solución legítima. 5.6.- Justificación de la solución elegida. 5.7.- La proscripción a la apelación del fiscal, ¿funciona?. 5.8.- Proyecto de ley para la reforma legislativa.

5.1 NOTA PRELIMINAR.

Como se concluyó en la parte final del anterior capítulo, nos encontramos ante un “acto lesivo” producto de una omisión del legislador en el Código Procesal Penal del año 2004 al momento de **NO otorgar un recurso efectivo** de apelación al condenado en segunda instancia que fuera absuelto en primera instancia; ante este hecho, evidenciamos que el estado Peruano está cometiendo una falta a su Constitución a través de una desatención a los tratados de derechos humanos a los que nos hemos hecho parte; una desatención que debe ser subsanada a la brevedad si es que no queremos ser sancionados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violar uno de los derechos que se desarrollan en la Convención a la que nos adherimos: La doble conforme para el condenado⁴¹⁶.

El presente capítulo, al ser el último, tiene por finalidad encontrar una solución legítima al problema que se nos evidenció en los cuatro capítulos antecesores; pero no se trata de esbozar una solución simplemente por hacerlo, sino de elegir la mejor dentro de la gama de opciones que se podrían presentar para salvar el problema explicado; algunas de estas opciones ya han sido planteadas y desarrolladas por otros autores y por eso, será necesario también un análisis de ellas para saber si son asequibles para el Estado peruano y su sistema procesal penal. Como he dicho, no se trata de una mera solución a desarrollar, se trata de la búsqueda de una solución legítima; es decir, no solo la búsqueda de una solución legal que se podría conseguir con la emisión de una ley que arregle ciertos aspectos de la norma⁴¹⁷, sino una solución legítima que habla de “lo que

⁴¹⁶ Cfr. Vid. Supra. Pág. 147.

⁴¹⁷ CIEZA MONTENEGRO, D.; CHUMIOQUE DELGADO, E. & OTROS. LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN EL SISTEMA JURIDICO Y POLITICO, UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES - Sección POST-GRADO, Pág. 1. EN: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/LEGALIDAD%20Y%20LEGITIMIDAD%20EN>

es conforme al orden, lo justo, como en la expresión *hereditas legitima*⁴¹⁸⁴¹⁹; en el desarrollo del presente capítulo, se buscará dar una respuesta que no solo sea producto de la legalidad y cuadre en el sistema normativo peruano, es decir que “haga referencia a la norma jurídica escrita y al imperio de la ley. Siendo la base y fundamento del Estado Derecho”⁴²⁰; sino que estamos a la búsqueda de una solución que deba “estar estrechamente relacionada con la idea de la democracia y la soberanía popular, al mismo tiempo que se transforma en un factor de justificación y legitimación de la ley”⁴²¹. En suma cuenta, la legitimidad de una norma se mide de acuerdo a qué tanto la misma corresponde con los intereses de la sociedad y su voluntad, la justicia y el respeto del orden interno; a la búsqueda de ello es que nos avocaremos en las líneas siguientes.

Esta búsqueda de la salida legítima será con el fin de obtener un sistema procesal penal que sea justo y no rompa el orden interno peruano, recordando que “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”⁴²²; no es posible concebir un sociedad que no busque la justicia, así como tampoco sería posible vivir en una sociedad que conviva con la injusticia. La justicia en este capítulo será vista, en primera cuenta, como “la capacidad moral que tenemos para juzgar cosas como justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo”⁴²³; esa será la búsqueda de justicia que aquí desarrollaremos o que se pretende realizar. En cuanto a no romper el orden jurídico

%20EL%20SISTEMA%20JURIDICO%20Y%20POLITICO_2008/LEGALIDAD_Y_LEGITIMIDAD_EN_EL_SISTEMA_JURIDICO_Y_POLITICO.PDF

⁴¹⁸ Aquella herencia que es legítima, como lo que corresponde al heredero no solo por ley sino por derecho y al orden de las cosas.

⁴¹⁹ Ídem.

⁴²⁰ SERRANO CALDERA, A. (2004) Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua, Managua: Fundación Friedrich Ebert, Pág. 9.

⁴²¹ Ibíd. Pág. 10

⁴²² RAWLS, John (1993) Teoría de la Justicia (traducción de María Dolores González), Buenos aires: Editorial Fondo del Cultura Económica, Pág. 17.

⁴²³ CABALLERO GARCÍA, J. LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWL, Pág. 5. En: http://www.uia.mx/actividades/publicaciones/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf

peruano, hemos de decir que en el Perú cuenta con una tradición procesal interna producto de años de práctica de esta rama del derecho; es por eso que la solución que se dé, deberá ser una solución que se encause dentro esta tradición y no rompa las bases del sistema procesal peruano y se lleve a una deformación de nuestro sistema interno.

Si bien es cierto que el Código Procesal Penal que ostentamos no es mera creación del legislador peruano, somos los peruanos las que debemos enrumbar el camino a seguir por el modelo procesal penal que hemos adoptado; no podemos olvidar que “el hombre es el único que no sólo es tal como él se concibe, sino tal como él se quiere, y como se concibe después de la existencia, como se quiere después de este impulso hacia la existencia”⁴²⁴; es decir, el hombre es tal cual se concibe a sí mismo y él se va haciendo en el camino de su existencia; del mismo modo, el hombre hace la sociedad ya que “el otro es indispensable a mi existencia tanto como el conocimiento que tengo de mí mismo”⁴²⁵, es inseparable del ser humano, su vida en sociedad; ante este hecho, el hombre se va haciendo a sí mismo a la vez que va moldeando su entorno y va generando una sociedad en la cual le es posible vivir y formar consensos útiles para la vida diaria. Somos responsables de hacer normas justas y aplicables, por tanto, no solo somos responsables de emitir leyes que calcen en la legalidad sino que sean también aplicables a nuestro entorno y justas para todos los integran la sociedad peruana.

A Fin de conseguir una salida legítima, se buscará la mejor solución para el Perú desde un análisis de los principios de la justicia procesal penal que radicaría de “la posición original”⁴²⁶, idea originalmente esgrimida por Jhon Rawls para obtener la justicia social; la idea fuerza que abordaremos es que “los principios de la justicia para la estructura

⁴²⁴ SARTRE, J. EL EXISTENCIALISMO ES UN HUMANISMO, Pág. 4. En: <http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/766.pdf>

⁴²⁵ Ibíd. Pág. 14

⁴²⁶ Op. Cit. RAWLS, J. Pág. 29-33

básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad”⁴²⁷; es decir, pretendemos dar una solución que sea imparcial para los miembros de la sociedad peruana dada desde una posición de igualdad al momento de elegirla; esto por ser “un rasgo de la justicia como imparcialidad, el pensar que los miembros del grupo en la situación inicial son racionales y mutuamente desinteresados”⁴²⁸; esto que pretendo es mucho más factible en el derecho procesal penal que en otras ramas del derecho porque efectivamente, nadie en nuestra sociedad está exento de ser procesado por un delito ni está en sus manos imposibilitar esto y francamente, si somos procesados y no hemos cometido el delito o aun habiéndole cometido, todos estaremos de acuerdo que es mejor contar con un sistema que sea justo ante la posibilidad de un error o abuso del sistema procesal penal; hemos de recordar que “permitir una injusticia significa abrir el camino a todas las que siguen”⁴²⁹ y por tanto, se deberá hacer todo lo posible para no cometer un acto que sea injusto para alguno de los miembros de la sociedad y tratar de reducir el riesgo de que se cometa una injusticia con los miembros de esta.

Es evidente que la “Teoría de la justicia” de Jhon Rawls no cuenta con muchos adeptos dentro de la teorías económicas de mercado en la búsqueda de la justicia social por considerar que buscar una posición original para todos los miembros de una sociedad es una labor imposible, ya que no todos tienen los mismo intereses o gustos y es casi imposible olvidar nuestra situación social al momento de desarrollar una norma social; pero si extrapolamos la teoría de Rawls de la justicia social a la justicia criminal,

⁴²⁷ Ibíd. Pág. 24.

⁴²⁸ Ibíd. Pág. 26.

⁴²⁹ Willy Brandt (1913-1992). Político alemán. Alcalde del Berlín Oeste (1957-66). Ministro del exterior (1966) y Canciller de la Rep. Federal Alemana (1969-1974). En 1971 le concedieron el Premio Nobel de la Paz.

exactamente para problemas que emanan del derecho procesal penal, es decir, ligados a la libertad de las personas; es mucho más fácil hablar de intereses generales y ya no de un cálculo privado de intereses, ya que no hay de por medio un interés particular que contenga mis gustos o preferencias, sino un interés general que es el bien común; esta extrapolación que nos ayudará a buscar los principios rectores de la justicia en el ámbito del Derecho Procesal Penal, es la que realizaremos en las líneas que siguen.

Explicada la metodología a seguir en el siguiente capítulo, es menester saber cuál será el método a utilizar para salvar el problema en el que nos encontramos. Los siguientes puntos se encargan de ello: Explicación del método a seguir, desarrollo de las posibles soluciones para nuestro país y la elección de la mejor solución al problema encontrado como punto final.

5.2.- ¿ES CONVENIENTE UNA REFORMA LEGISLATIVA?

Es evidente que necesitamos una solución a nuestro problema, pero no puede ser cualquier solución, debe de ser una solución razonada y que obedezca al afán de encontrar una salida armoniosa, duradera y estable para la situación actual en la que nos encontramos. Podríamos tomar en consideración la solución temporal planteada por el Dr. Fernando Núñez Pérez al plantear que “para prevenir futuras sanciones al Estado peruano, que le establezcan una responsabilidad internacional, y para no aumentar la estadística de condenas para el Perú ante la Corte, esa institución (la condena del absuelto) no se debe aplicar para evitar las futuras sanciones en que podríamos incurrir.”⁴³⁰; pero es evidente que esta es una solución meramente temporal, la inaplicación de la condena del absuelto, no se le plantea como una solución definitiva ya

que, aun cuando los operadores jurídicos dejen de aplicar la figura de la condena del absuelto, el solo riesgo de que alguna vez se pudiera dejar sin posibilidad de “doble conforme” al condenado, justifica una reforma legislativa que solucione esta inconstitucionalidad por omisión; no podemos correr el riesgo de tener una omisión en nuestro código que atente contra el derecho de los procesados en materia penal; además, hemos de recordar que condenar al absuelto NO ES EL PROBLEMA ya que esta figura no es inconstitucional⁴³¹ y por tanto, no tendríamos razón para limitar esta facultad del juez haciendo que no se aplique esta figura dentro del ordenamiento jurídico peruano. El legislador decidió dar al juez la facultad de condenar al absuelto y esto debe respetarse porque no atenta contra ningún derecho. Se debe respetar la autonomía del juez para sus decisiones si éstas están amparadas en la ley como es el presente caso.

Por lo dicho hasta aquí, se trasluce que hay apuro en encontrar una solución rápida y eficiente; aunque considero que limitar la “condena del absuelto” para su uso por los operadores jurídicos, mientras no se salve la omisión, sería un ejercicio sano por parte de nuestros jueces para no ocasionar violaciones a los derechos humanos que nos generen futuras condenas internacionales; debemos recordar que la Corte “dictó 26 sentencias contra nuestro país y, en todos estos casos, los fallos han sido adversos.”⁴³²; no obstante a ello, “en el año 2010, la CIDH admitió 364 peticiones de denuncia contra nuestro país e inició trámite en 86 de estos casos. Estas cifras nos convierten en el país más denunciado del sistema interamericano”⁴³³. Necesitamos una solución duradera y plena, que nos tenga por satisfechos los requerimientos de los Tratados Internacionales a los que nos hicimos parte y no arriesgarnos a seguir siendo condenados por la Corte.

⁴³⁰ NUÑEZ PERÉZ, F. (2014) CONDENA DEL ABSUELTO {VIDEO}, min. 32 Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=h6YrmJAY9iY>

⁴³¹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 126-132.

El método a utilizar será el de la reforma legislativa, pero ¿por qué una reforma legislativa para modificar un artículo de un código que proviene de un decreto legislativo?, es la pregunta que se nos genera, seguramente; a continuación abordaremos brevemente el porqué de esto.

Como primera medida, debemos recordar que “en nuestro sistema hay también otras normas legislativas que poseen este rango (de ley): los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los decretos-leyes.”⁴³⁴; como vemos, el rango de ley no es propio de la leyes a exclusividad y existen otra normas legislativas que también pueden tener este rango dentro de nuestro sistema interno; dentro de estas normas legislativas, tenemos a los decretos legislativos o “la legislación delegada, que consiste en que el Congreso puede autorizar al Poder Ejecutivo a dictar normas con rango de ley. La Constitución de 1993 contempla específicamente a los decretos legislativos (que son la legislación delegada en el Perú) en su artículo 104”⁴³⁵; el Código Procesal Penal del 2004 es precisamente ello, un decreto legislativo emitido por el poder ejecutivo que tiene rango de ley.

En consideración de lo antes dicho y sabiendo de antemano que “la disposición anterior es derogada por la posterior”⁴³⁶; debemos decir que el único modo de reformar el código es mediante una ley; esto “se encuentra contenido en nuestro derecho positivo dentro del artículo 103 de la Constitución y I del Título Preliminar del Código Civil, que mandan

⁴³² VILLALOBOS, H. (DOMINGO 19 DE FEBRERO DEL 2012), Perú perdió todos los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, EL COMERCIO, Pág. 7

⁴³³ Ídem. Pág. 8

⁴³⁴ RUBIO CORREA, M. (2011). EL SISTEMA JURÍDICO - Introducción al Derecho, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 127.

⁴³⁵ Ibíd. Pág. 131

⁴³⁶ Ibíd. Pág. 137

que la ley se deroga solo por otra ley”⁴³⁷. Este decreto legislativo solo puede ser modificado por una ley.

Con lo que, para poder variar nuestro Código Procesal Penal, es necesario una reforma legislativa que varié los artículos que seas necesarios para eliminar la omisión encontrada. Por esto, la solución que se elija, deberá ser planteada como una ley que varíe el decreto legislativo y nos regrese al rumbo constitucional que hemos venido siguiendo. Este será el método a utilizar.

5.3.- POSIBLES SOLUCIONES APLICABLES AL PERÚ.

En este tercer punto del capítulo, corresponde desarrollar las posibles soluciones a aplicarse por reforma legislativa, mediante proyecto de ley, en el Código Procesal Penal del Perú del año 2004; primeramente, antes de verter mi propia solución razonada, desarrollaré las propuestas presentadas por otros autores nacionales puesto que, todas las opciones serán válidas para que en el punto posterior se elija la mejor de todas en cuanto a su legitimidad. A continuación, procedo a desarrollar y explicar las posiciones que considero, son posibles de ser aplicadas en el Perú.

1) HABILITACIÓN NORMATIVA DE UNA TERCERA INSTANCIA:

Esta postura es desarrollada, en primera cuenta, por Jorge Luis Salas Arenas en su libro “Condena del absuelto – Reformatio in peius cualitativa” y, secundada y aumentada, dando una variable, por Alcides Chinchay Castillo al considerarle este que es adecuada, pero que se le podía agregar algo más.

La solución planteada es simple, consiste en que propone “la creación de la función de revisión de la condena del absuelto a los Jueces Superiores que conformen la Sala

⁴³⁷ Ídem.

Superior Penal o en su defecto una Sala Superior Mixta o civil, observando las reglas específicas para la apelación⁴³⁸; es decir, que otra sala penal o en su defecto una sala mixta o civil⁴³⁹, conozcan de la condena del absuelto en materia de apelación de esta primera condena para el procesado; mejor dicho, crear una tercera instancia ordinaria en el proceso que REVISE LA PRIMERA CONDENA; dando así la pluralidad de instancias al procesado y generando su “doble conforme” en caso de COFIRMAR LA SENTENCIA o pudiendo también, absolverle de las acusaciones.

Hemos de decir que, concordamos con la posición de Salas Arenas al decir que “no se requerirá efectuar modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial en virtud a que el artículo 41.5 de dicho cuerpo normativo establece dentro de las competencias de las Salas Superiores Penales una concepción *numerus apertus* al señalar: las sales penales conocen: (...) 5. De los demás asuntos que correspondan conforme a ley”⁴⁴⁰; es decir, basta con que se otorgue esta facultad a las salas superiores penales, civiles o mixtas y, podrá aplicarse esta solución de inmediato por los operadores jurídicos; no habiendo necesidad de una gran cantidad de reformas legislativas a diferentes cuerpos de leyes. Bastará con una AMPLICACIÓN DE FACULTADES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL VÍA REFORMA LEGISTALTIVA.

Pero encontramos un pequeño problema, al recordar que la Convención nos exige el “derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”⁴⁴¹ y, el pacto nos pide “el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal

⁴³⁸ SALAS ARENAS, J. (2011), Condena del absuelto – Reformatio in peius cualitativa, Lima: Ediciones IDEMSA, Pág. 45.

⁴³⁹ Considero que, aunque no se desarrolla esto en el libro: La apelación ante la sala mixta será para los distritos judiciales que no cuenten con sala especializada penal y, la apelación ante la sala civil será para los distritos judiciales que cuenten solamente con una sala penal, evitando así que la misma sala penal conozca de esta apelación.

⁴⁴⁰ Óp. Cit. SALAS ARENAS, J., Pág. 45

⁴⁴¹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 83-85 y Págs. 95-97.

superior”⁴⁴²; caemos en cuenta que, se nos exige que la revisión sea dada por un tribunal superior jerárquicamente; ante esto dicho, acotamos lo señalado por Alcides Chinchay que nos otorga la respuesta a este pequeño inconveniente al sostener que “si se aceptara una propuesta como esta, se podría entender que superior quiere decir más bien distinta pero con facultad de corregir a la instancia previa(vale decir, una superioridad funcional), y no necesariamente a que según el derecho orgánico, se trate de una superioridad jerárquica”⁴⁴³; entendiendo que, de aceptar la postura de Salas Arenas, deberíamos asumir una superioridad en funciones, pero no en jerarquía de integrantes de la Sala en su rango: Superioridad funcional más no jerárquica. Sin embargo, el mismo autor señala una salida distinta al explicar que “tal instancia podría ser la Sala Penal Especial de la Corte Suprema”⁴⁴⁴, pero acotando que “habría que evaluar la posibilidad, que sea una instancia suprema. Ello, debería ser vinculado con el análisis de información estadística”; esto porque, es evidente que al dar una facultad más a la Sala Penal Especial, si no se evaluó adecuadamente la carga que esto podría generar, terminaría por colapsar la Sala y generando un problema más a nuestro Poder Judicial. En todo caso, si hay una gran cantidad de casos con esta figura, se podría optar por crear una Sala Superior exclusiva en cada distrito judicial o una Sala Suprema especial para estos casos, pero es evidente que esto generaría un gasto extra al Estado; gasto que no sabemos si se podrá realizar en el corto plazo y la idea es solucionar este problema a la brevedad.

Como último aporte, he de decir que ya se intentó lo propuesto por Sala Arenas mediante el Proyecto de ley N.- 358-2011-CR, por el congresista Tomas Zamudio Briceño; la cual aún se encuentra en estudio por el Congreso de la República y no se ha sometido a votación aún por el pleno del congreso.

⁴⁴² Ídem.

En cuanto a esta propuesta, acogeremos la posibilidad de: Crear una instancia superior en la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, mejor dicho, que sea la Sala Suprema que conozca de este proceso y no una Sala Superior; en razón a que al dar la facultad a la Sala Superior, se generaría un nuevo debate sobre: ¿Basta con un tribunal superior funcionalmente o deberá ser un tribunal superior jerárquicamente?; es evidente que si el tribunal superior funcionalmente, no satisface lo requerido por el Pacto y la Convención, habremos hecho la reforma legislativa en vano ya que, continuaremos incumpliendo los Tratados internacionales. Es mejor no tomar el riesgo y acoger la postura de Salas Arenas en cuanto a la creación de una tercera instancia en el proceso, pero en la opción que brinda Chinchay Castillo: Que esta instancia la tenga como facultad de la Corte Suprema. No habría problema alguno con el recurso de casación ya que este “quedaría expedito para ser interpuesto cuando así lo determinan los intereses de los sujetos procesales, luego de agotada la revisión de condena producida”⁴⁴³; siendo así que, se respetaría su naturaleza extraordinaria que se encarga de las “injusticias en concreto que se encuentren fundadas en un errónea interpretación de la ley”⁴⁴⁴.

La solución acogida, por tanto, es: **HABILITACIÓN NORMATIVA DE UNA TERCERA INSTANCIA EN EL PROCESO A CARGO DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA U OTRA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA**; pero esta cuenta con algunas desventajas que procedemos a desarrollar y serán tomadas en cuenta al momento de elegir la solución legítima:

- ✓ Se ha de recordar que un proceso con dos instancias toma un tiempo determinado, pero es obvio que un proceso que cuente con tres, tomaría más

⁴⁴³ CHINCHAY CASTILLO, A. (2012), Estudios sobre los medios impugnatorios en el Proceso Penal, Lima: Editorial el búho, págs. 304-305.

⁴⁴⁴ Ídem.

⁴⁴⁵ Óp. Cit. SALAS ARENAS, J., Pág. 45

tiempo aún; con esto, es evidente que se estaría alargando el proceso un poco más en caso de que se presente la condena del absuelto lo cual va en perjuicio del procesado.

- ✓ También, hemos de decir que, en caso dar la tercera instancia a la Sala Penal Permanente, esta se podría ver sobrecargada de labores; tomando en cuenta que a la larga, se implementará en Código Procesal Penal en todo el Perú y deberá asumir la carga de todos los distritos judiciales.
- ✓ En caso de crear un Sala Suprema especial para esta tercera instancia, tomando en cuenta que en algún momento se necesitaría una ya que se implementará el código en todo el Perú; esto repercutiría en un gasto para el Estado; gasto que no sabemos si se podrá realizar en vista a que el presupuesto está apenas alcanzando para la implementación del Código en los distritos judiciales.

2) DESHABILITACIÓN NORMATIVA DE LA CONDENA DEL ABSUELTO:

Esta es una postura que es desarrollada por Roger Vargas Ysla; considerándola como una de las posibilidades que él da por aplicables para el Perú, y consiste básicamente en regresar al modelo del Código de Procedimientos Penales ante una apelación de absolución, no en cuanto a la actuación de la segunda instancia sino más bien en cuanto a las facultades que utilizaba el *ad-quem* sobre la decisión del *a-quo* después de que se absolvía a alguien en primera instancia: Confirmar el fallo o dar por nulo el proceso. En pocas palabras, consiste en: Desistir que exista, por parte del *ad-quem*, la facultad de condenar al absuelto y solo contar con la posibilidad de confirmar o declarar nulo el juicio ante una apelación de absolución en primera instancia hecha por el fiscal.

⁴⁴⁶ CALAMANDREI, P. (1959), Casación civil, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, Pág.

Como ya hemos mencionado, el Código de Procedimientos Penales de 1939 no contenía la posibilidad de que el *ad-quem* condenara al absuelto⁴⁴⁷; es ante ello que se podría afirmar que se asumía anteriormente una posición mucho más garantista que el presente código⁴⁴⁸; y ya que, la postura que asumimos hoy en nuestro nuevo modelo procesal penal es una más garantista que la que teníamos con el código anterior, podríamos recoger nuevamente esta característica para implementarla en nuestro código.

La posición se basa en, como ha señalado Vargas Ysla, una vez que se ha “descartado la casación como un medio para tutelar el derecho a la doble instancia, la otra opción es que, el superior colegiado no haga uso de su facultad de condenar al absuelto y si encontrara elementos probatorios que puedan fundamentar una sentencia condenatoria, declare nula la sentencia absolutoria por una mala apreciación de los medios de prueba”⁴⁴⁹; es decir, asume él que, la mejor opción es que el superior desista de usar la condena del absuelto y ante una mala interpretación de los medios de prueba que conlleve a la condena, se declare nulo el proceso y se lleve a cabo la realización de nuevo juicio de primera instancia, ya que “ante una equivocada valoración de los medios de prueba, constituyendo esto una causal de nulidad absoluta, puede declarar la nulo el juicio y disponer la realización de un nuevo juicio oral, manteniendo intacto el derecho a la doble instancia del imputado”⁴⁵⁰. Así, el procesado absuelto en primera instancia solo podrá ser condenado si el *ad-quem* declara nulo el juicio y se vuelve a llevar a cabo una nueva primera instancia que lo declare culpable. Jamás se podría condenar por primera vez en segunda instancia.

17⁴⁴⁷ Cfr. Vid. Supra. Pág. 50.⁴⁴⁸ Cfr. Vid. Supra. Pág. 139.⁴⁴⁹ VARGAS YSLA, R. (2012) LA CONDENA DEL ABSUELTO EN EL CPP Y SUS IMPLICANCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA VS. DOBLE INSTANCIA (UN PEQUEÑO GRAN SACRIFICIO), Gaceta Procesal Penal Tomo 35 Mayo 2012, Edición: El budo, págs. 289-290.⁴⁵⁰ Ibid. Pág. 290.

Frente a la postura citada, está en contra gran parte de la doctrina nacional por considerar que el juez de revisión debe tener la misma facultad de condenar como de absolver⁴⁵¹; esto porque los errores del *a-quo* pueden generarse no solo en perjuicio del acusado sino también de la parte acusadora que pretende la condena, en este caso, el fiscal.

Pero el mismo Vargas Ysla, que planteó la solución, señala dos argumentos persuasivos para el NO uso de esta solución: 1) “sería como corregirle la plana al *a-quo* a efectos de que proceda tal y como se pronunció el superior”⁴⁵², a razón de que al momento de declarar nulo el primer proceso, el *ad-quem* fundamentará su sentencia de vista en la mala apreciación de los medios de prueba, lo que a la larga resultaría en que la nueva primera instancia acoja estos argumentos y solo deba hacer efectivo el fundamento del *ad-quem*, generándose de este modo, una presión del *ad-quem* para resolver conforme este considera apropiado; por otro lado 2) “se generaría un envío *ad-infinitum* de la causa penal, a la primera instancia, prolongándose en demasía la solución del conflicto”⁴⁵³; es decir, se correría el riesgo de generar un círculo vicioso en agravio de algún procesado; ¿cómo así?, pues con el hecho de que el *ad-quem* considere más de una vez que el *a-quo* valoró inadecuadamente un medio de prueba; podría el *ad-quem* declarar nulo un proceso hasta el hartazgo y regresarlo a la primera instancia cuantas veces considere pertinente; ello a razón a que podría considerar más de una vez que se debe condenar por diversas razones y por tanto, lo devuelve a primer instancia para que haya un nuevo juicio.

Además, es obvio que se haría un juicio más largo, olvidando los principios base del proceso penal acusatorio garantista: economía procesal y celeridad en el proceso⁴⁵⁴, y

⁴⁵¹ Cfr. Vid. Supra. Págs. 51-52.

⁴⁵² Óp. Cit. VARGAS YSLA, R., Pág. 290.

⁴⁵³ Ídem.

⁴⁵⁴ Óp. Cit. VARGAS YSLA, R., Pág. 289.

corriendo el riesgo de hacer un juicio infinito, pero para esto dicho, hemos de mencionar que “el derecho a ser juzgado en un plazo razonable está construido en favor del imputado, y no como un pretexto para vulnerar los derechos humanos”⁴⁵⁵; tomando en cuenta esto, que los principios del proceso penal son en favor del procesado y no del acusador, Vargas Ysla considera que no tenemos otra salida que recurrir a este medio aún con el riesgo de caer en el círculo vicioso. Es un riesgo que se debe asumir en post de la defensa de los intereses del procesado.

Esta ha sido la postura presentada por el autor, sin embargo, considero yo que no debería darse solamente la inaplicación de la condena del absuelto por parte del tribunal superior revisor, ya que está solo podría asumirse como una solución temporal y no se puede correr el riesgo de que esta figura quede en nuestro ordenamiento jurídico pasible de ser usada en algún momento si es que mantenemos la omisión legislativa antes mencionada; es ante esto que lo mejor, en todo caso, sería retirar la figura de la condena del absuelto de nuestro cuerpo jurídico mediante una reforma legislativa para que así, ningún tribunal superior pueda hacer uso de ella en ningún momento. Hemos de recordar para esto que, aun cuando los jueces revisores no apliquen la figura hoy, cuando se ponga en escena el Código en todo el país, siempre habrá el riesgo a que la figura pueda ser utilizada y salga a la luz la omisión de no contar con una revisión para esta primera condena. En otras palabras, si no eliminamos la condena del absuelto ni creamos la tercera instancia, seguiríamos incumpliendo el Pacto y La convención.

La solución acogida, por tanto, es: INHABILITACIÓN NORMATIVA DE LA CONDENA DEL ABSUELTO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL, DEJANDO SOLO LA OPCIÓN DE CONFIRMAR O DECLARAR NULA LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DE PRIMERA INSTANCIA; pero esta cuenta con algunas

⁴⁵⁵ Ídem.

desventajas que procedemos a desarrollar y que serán tomadas en cuenta al momento de elegir la solución legítima:

- ✓ Podría generarse que el *a-quem* termine convirtiéndose en el verdadero juez de primera instancia ya que, podría enmendar la plana al *a-quo* y declarar nulo cuantas veces decida la primera instancia por no valorar adecuadamente los medios de prueba, hecho que es meramente subjetivo.
- ✓ A su vez, podríamos estar ante un reenvió *ad-infinitum* de la causa, esto porque es plausible que se genere un círculo vicioso en el cual el *a-quo* absuelva, pero el *ad-quem* declare nulo indefinidamente; generándose así, muchas las veces la primera instancia ante un *a-quo* distinto.
- ✓ La posibilidad de declarar nulo el proceso nos llevaría a un nuevo primer juicio que obligaría a repetir todo lo actuado anteriormente. Esto es un nuevo gasto para el Estado porque significa desechar todo lo hecho y volver a empezar; que sería mal gastar recursos de un sistema que no cuenta con muchos.
- ✓ Se ha de recordar que un proceso con dos instancias toma un tiempo determinado, pero es obvio que reiniciar el proceso desde cero, tomaría más tiempo aún, el doble para ser exactos; con esto, es de tomar en cuenta que se estaría doblando en tiempo en proceso, perjudicando al procesado.

3) DESHABILITACIÓN NORMATIVA DE LA FACULTAD DE APELAR EL FALLO ABSOLUTORIO POR PARTE DEL FISCAL:

La tercera solución que se pone en escena es una que nunca antes se había planteado en nuestro país como opción para solucionar el problema encontrado, pero que el autor de esta tesis, después de un análisis pormenorizado de la Constitución Peruana, Tratados Internacionales y el decreto legislativo que dio nacimiento al Código Procesal Penal,

cayó en cuenta de que era perfectamente aplicable para el Perú SIN CONTRAVENIR NINGÚN DERECHO FUNDAMENTAL O PRINCIPIO; es por esto que la presenta dentro de las opciones a valorar para la búsqueda de esta solución legítima.

La tercera opción es la concerniente a la eliminación de la posibilidad de apelar el fallo absolutorio por parte del fiscal. Es decir, el único fallo que podría apelarse en un proceso penal ante el *ad-quem* es el de la condena para el procesado, y ya no cabría posibilidad de apelación para el acusador, querellante o la parte civil.

Esta posibilidad la desarrollaremos a partir de lo expresado por Eduardo Jauchen, quien aunque es argentino, expresa una teoría aplicable para todos los países se hayan hecho parte del PDCP y la CADH; él, en primera cuenta, entiende que “el derecho a recurrir la sentencia definitiva constituye para el imputado una garantía constitucional expresa y autónoma”⁴⁵⁶; garantía que no está en discusión bajo ninguna perspectiva y que está desarrollada de modo independiente por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Sin embargo, considera que “la garantía de recurrir ante un tribunal superior que otorgan tanto la CADH como el PIDCP está establecido sólo en favor del imputado condenado, quedando vedado todo recurso acusatorio para los órganos estatales como también para los particulares que en su carácter de querellantes hayan tenido intervención en el proceso”⁴⁵⁷; sosteniendo así que el derecho a recurrir el fallo es un derecho unilateral solo aplicable para el condenado y que no podrá ser usado en favor del acusador o querellante; para lo antes dicho, se sostiene argumentando que el derecho “del imputado a recurrir la sentencia que lo perjudica obedece al principio de la doble conforme, según el cual, para que el Estado pueda ejecutar legítimamente una pena

⁴⁵⁶ JAUCHEN, E. (2007) Derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado – I, Revista de Derecho Procesal Penal, 2007-1, Director. Edgardo Alberto Donna, Pág. 61.

⁴⁵⁷ Óp. Cit. JAUCHEN, E., Pág. 62.

contra una persona, si está la impugna es menester la doble conformidad judicial como significativa de que mediante la instancia de revisión”⁴⁵⁸; el razonamiento del autor sobre la “doble conforme” cuando afirma que es un derecho solo en favor del condenado es bastante lógico porque si habláramos de igualdad para todos los actos que se desarrollan en el proceso y estos debieran ser iguales para todos los intervinientes en el proceso, ya no solo tendríamos que hablar del derecho a recurrir el fallo por parte del condenado en segunda instancia, sino también deberíamos denunciar la imposibilidad de apelación del fallo de “absolución del condenado en segunda instancia” en favor del acusador o querellante, cosa que no se plantea porque efectivamente, “la doble conforme” está vista en favor del condenado y nadie más.

Eduardo Jauchen sostiene su teoría bajo dos argumentos: 1) Que “si actualmente aún se pretendiese afirmar la constitucionalidad del recurso acusatorio, ello resultaría insostenible e impracticable debido a que, partiendo de la base ya expuesta de que el imputado condenado goza siempre de la garantía de recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior, si se concediese la posibilidad al acusador de impugnar recursivamente la sentencia absolutoria y de este modo obtener ante el tribunal superior una condena, contra esta resolución condenatoria le cabe siempre al imputado el derecho de la doble conforme, o sea, a recurrir la misma ante un tribunal superior de la cual no puede ser privado”⁴⁵⁹; es decir que si se diera la opción de condenar al absuelto, esta condena, aun debería poder ser revisada por una instancia superior que de fe de lo expresado en la instancia condenatoria, cosa que es un tanto difícil porque no se cuenta con una tercera instancia e implantarle significaría modificar nuestra normal jerarquía funcional dentro del Poder Judicial; y 2) Que, “si se permitiese que la parte acusadora pudiese practicar un recurso acusatorio con el cual incluso se podría obtener la anulación

⁴⁵⁸ Ídem.

del procedimiento de origen que concluido con un absolución, se estaría sometiendo luego al acusado a nueva persecución penal, lo que implicaría una inconcebible vulneración de la garantía del *ne bis in ídem*⁴⁶⁰; con lo cual, señala su posición de que someter por segunda vez a una persona al juicio de primera instancia, aun cuando se haya declarado nulo el primero, refiere en poner nuevamente en riesgo a una procesado para que pueda ser condenado; cosa que vulnera el *ne bis in ídem*, por lo que sostiene que solo existe “la exclusividad que la convención americana otorga a toda persona inculpada para poder recurrir a un tribunal superior importa una diferencia establecida a favor del imputado como voluntad del constituyente”⁴⁶¹; siendo de este modo que el autor auspicia la idea de que el derecho a sido solo dado en favor del condenado a modo de exclusividad y que lo diferencia de los demás intervinientes en el proceso.

Además de los dos argumentos expresados, hay un argumento más que utiliza Jauchen al decir que a partir de la *non reformatio in peius*, se “imposibilita absolutamente la posibilidad de agravar la situación que resulta de la sentencia recurrida, conducía a la negación del recurso acusatorio, en tanto el límite máximo siempre estará constituido por la conformidad con la sentencia de condena originaria”; con lo cual nos quiere decir que, aun cuando el fiscal apele la absolución, la imposibilidad de reformar en peor, imposibilitaría al *ad-quem* a dictar condena; sin embargo, en el Perú no podemos hacernos parte de esta parte de la teoría porque el Tribunal Constitucional⁴⁶² ha expresado que sí se podrá reformar en peor la sentencia del acusado, cuando el fiscal hubiera apelado la sentencia de primera instancia. Ese argumento no es aplicable para nuestro país.

⁴⁵⁹ Óp. Cit. JAUCHEN, E., pag. 63.

⁴⁶⁰ Ídem.

⁴⁶¹ Óp. Cit. JAUCHEN, E., pag. 64.

⁴⁶² Cfr. Vid. Supra. Pág. 55.

Por ello, tomando en cuenta los argumentos antes citados, nosotros nos adscribimos a la siguiente teoría planteada por la Corte Suprema de la Nación Argentina: “La Corte Suprema (de Argentina) ha concluido que la garantía de la doble instancia en materia penal no alcanza al Ministerio Público, pues este es un órgano del Estado, y no el sujeto destinatario de aquel beneficio por lo que no se encuentra amparado por la norma de rango constitucional, sin que ello impida que el legislador, si lo considera necesario, le acuerde igual atribución”⁴⁶³; es decir que, en la Convención y el Pacto, no se limita la posibilidad de otorgar recurso apelatorio para el acusador y por tanto, el legislador es libre de ponerla o no en el ordenamiento procesal; para nuestro caso, enfocándonos en la teoría que pretendemos sostener, así como el legislador es capaz de poner esta posibilidad en favor de acusador, también es posible de quitársela y por tanto, que el acusador no cuente con este derecho; cosa que no sería inconstitucional ni afectaría Tratados Internacionales.

Ante lo ya mencionado, me gustaría invocar lo dicho en la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América que dicta: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*”⁴⁶⁴; lo invoco porque, aunque es la Constitución Americana

⁴⁶³ GELLI, M. (2006) Constitución de la nación argentina. comentada y anotada, Buenos aires: Editorial La Ley, comentario al caso Arce, fallo: 320:2145.

⁴⁶⁴ Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro

y no la Peruana, esta es la razón principal por la que en ciertas legislaciones, no se ha concedido el derecho a apelar al persecutor del delito, el fiscal; es bajo esta enmienda que el Sistema Procesal Penal Americano se funda y la razón por la que en muchos estados de los Estados Unidos de América, no se puede apelar una absolución del jurado. Es evidente que aquí encontramos una interpretación más restrictiva del principio del *double jeopardy* o como le conocemos mejor en este lado del mundo: *non bis in ídem*; aquí encontramos que se habla de una “prohibición de someter al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal”⁴⁶⁵; es decir que “impide conceder al acusador más de una oportunidad para perseguir penalmente y lograr la condena, oportunidad sintetizada en el juicio ante el jurado”⁴⁶⁶; mejor dicho, en el país norteamericano, se entiende que basta con dar una oportunidad al acusador para que este persiga el delito y no hay justificación para volver a poner en riesgo de perder su libertad al procesado, una vez que se le ha absuelto en primera instancia.

Si bien es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que no hay *bis in ídem* cuando se lleva a una persona a una segunda instancia para revisar lo actuado en la primera⁴⁶⁷, ya que el proceso concluye con el agotamiento de todos los recursos pasibles de ser usados, lo cual incluye la primera y segunda instancia(o cuantas instancia ponga el legislador); también hemos de tomar en cuenta que quitar el derecho a apelar al fiscal, no contraviene ningún principio constitucional ni tratado internacional; más aun tomando en cuenta que el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho instaurado para las personas y no para las instituciones que intervengan en el proceso; así lo

público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

⁴⁶⁵ MAIER, J. (2003) Derecho procesal. Fundamentos, Buenos Aires: editorial del puerto, Pág. 708.

⁴⁶⁶ Ídem.

⁴⁶⁷ Cfr. Vid. Supra. Págs. 98-100 y 127.

recuerda Varga Ysla al mencionar que “el derecho a la doble instancia goza de un reconocimiento especial para el imputado, pues se entiende que toda persona contra la que se ha decidido una sanción punitiva tiene derecho a un control de legalidad y justicia del pronunciamiento, lo que lleva a la idea que, en realidad, los recursos en materia penal, operan especialmente en favor del imputado”⁴⁶⁸; o mejor dicho, el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho para el imputado en busca de la defensa de su libertad en vista de que “la formulación del derecho se ha estructurado pensando en el sentenciado, y no en otros sujetos procesales”⁴⁶⁹.

En cuanto a una posible contravención a la Constitución de 1993 por quitar la opción de apelación al fiscal, he de decir que el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que el derecho a la pluralidad de instancias, es una de las garantías formales que tiene “por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza”⁴⁷⁰; o como yo lo entiendo, es un derecho que asiste a las personas que participan del proceso más no a las instituciones que también son parte en él. Del mismo modo, una lectura literal de la Convención (art. 8.2.h) y del Pacto (art.14.5), “nos induciría a pensar que el recurso solo está previsto contra sentencias condenatorias y a favor del imputado, nunca para el acusador, de suerte que las sentencias absolutorias serían irrecurribles”⁴⁷¹; por lo antes dicho, si los países que se han hecho de este tratado, desean cumplir con sus requerimientos, “el mínimo exigible sería la incorporación de un recurso impugnatorio contra sentencias definitivas condenatorias y que se reconozca al imputado la debida

⁴⁶⁸ Óp. Cit. VARGAS YSLA, R., Pág. 285.

⁴⁶⁹ Óp. Cit. CHINCHAY CASTILLO, A., Pág. 285.

⁴⁷⁰ Exp. N° 3261-2005-PA/TC

⁴⁷¹ SAN MARTÍN CASTRO, C. (2006) DERECHO PROCESAL PENAL – Tomo I, Lima: Editorial jurídica GRIJLEY, Pág. 466.

legitimación para interponerlos”⁴⁷²; ya que lo que pretende la convención no es otra cosa que “conceder una garantía a quien sufre la coacción estatal. Interpretar estas garantías en perjuicio del garantizado representa una verdadera hipocresía”⁴⁷³. Expresando esto, si se quita la opción de apelación a la parte acusadora, NO HABRÍA VIOLACIÓN A LA CONSTITUCIÓN O TRATADOS INTERNACIONALES; es más, en cierto modo, se estaría acogiendo la auténtica intención de los Tratados de Derechos humanos: LA DEFENSA A ULTRANZA DEL IMPUTADO.

Más adelante, explicaremos cómo es que en Estados Unidos se satisface el derecho a la doble instancia, pero como primera medida, ya hemos logrado establecer que quitar la posibilidad de apelar al fiscal, no contraviene ningún principio o norma constitucional en nuestro país y más bien, va acorde a la intención de la Convención y el Pacto. Es por esto que la solución presentada es: DESHABILITACIÓN NORMATIVA DE LA FACULTAD DE APELAR EL FALLO ABSOLUTORIO POR PARTE DEL FISCAL, QUERELLANTE O PARTE CIVIL; DEJANDO AL ACUSADOR COMO ÚNICA OPCIÓN, CONSEGUIR LA CONDENA EN PRIMERA INSTANCIA, pero, como es evidente, esta solución también cuenta con algunas desventajas que procedemos a desarrollar y que serán tomadas en cuenta al momento de elegir la solución legítima:

- ✓ Al contar el fiscal con solo una oportunidad para lograr la condena del procesado, es evidente que podrían ocurrir casos en los cuales se deje sin pena a personas que sí han cometido delitos.

⁴⁷² Ídem.

⁴⁷³ MAIER, J. (1997) El recurso del condenado contra la sentencia de condena ¿una garantía procesal?, LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES, Buenos Aires: Editoriales del puerto, Pág. 412.

- ✓ Se podría interpretar que existe un desprotección en agravio de la víctima ya que, se estaría poniendo en riesgo la opción de apelar el fallo absolutorio de su agresor.

5.4.- POR EJEMPLO...

Ya teniendo por desarrolladas y explicadas detalladamente las tres posibles soluciones aplicables, estaríamos aptos para elegir la más justa de ellas y por tanto, más legítima para nuestro país; sin embargo, antes de ello, no está de más echar una vista a la legislación de otros países con similar modelo procesal penal para saber, cómo es que están resolviendo este problema en sus respectivas jurisdicciones o cómo es que consiguen no desatender los tratados de derechos humanos sobre “la doble conforme”; para esto, hemos de acudir a una ciencia jurídica: El derecho comparado, esta ciencia del derecho que “aparece a partir del congreso internacional de legislación comparada que se desarrolló en París en los años 1900”⁴⁷⁴; por lo que podemos decir que es una rama del derecho relativamente nueva, pero que va muy de la mano con “el hombre y su necesidad de relacionarse que lo ha guiado a un conocimiento mutuo”⁴⁷⁵. Esta parte del capítulo, titulada: “por ejemplo...”, nos ayudará a encontrar ejemplos tangibles en la legislación de otros países; hago en énfasis en “ejemplos” mas no, “posibilidades para copiar” a nuestro sistema procesal penal.

La labor del derecho comparada es evidente, al convertirse en “el acercamiento que existe entre los diversos sistemas jurídicos. Esto permitirá la armonización y unificación progresiva del derecho”⁴⁷⁶; lo que se busca no es poco ni extraño en el mundo del derecho, ya lo hemos visto en algunas ramas del derecho que se han logrado ver

⁴⁷⁴ ROJAS ULLOA, M. (2009), Importancia del derecho comparado en el siglo XXI, SAPERE, EDICIÓN NRO. 6, Pág. 2, En: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Articulo_de_Investigacion_Juridica.pdf
⁴⁷⁵ Ídem.

armonizadas como: Derechos Humanos, derecho del medio ambiente, derecho internacional, derecho marítimo, derecho del comercio internacional, etc.⁴⁷⁷ No es tonto pretender también una armonización del derecho procesal penal; es más, los derechos humanos, rama que también acogemos en la presente tesis, ya ha sido armonizada; y como esta tesis nace en derecho procesal penal, pero habla estrictamente de un derecho fundamental que emana de un tratado de derechos humanos (rama del derecho que ya ha sido armonizada), no estará de más hacer una revisión rápida acerca de, cómo se preserva el derecho fundamental a recurrir el fallo condenatorio por países con un modelo procesal penal similar al nuestro; sabiendo de antemano que “el derecho comparado se nos presenta como la mejor herramienta para las reformas jurídicas ofreciendo modelos que contribuyan a comprender mejor los conceptos dinámicos en los que se mueve nuestra sociedad”⁴⁷⁸.

El autor de la presente tesis es consciente de que “aunque se escribe mucho sobre derecho extranjero se suele dejar en manos del lector la tarea de la comparación jurídica propiamente dicha, con ello se desaprovecha una ocasión espléndida para ir más allá de la presentación o exposición del derecho extranjero”⁴⁷⁹; así que no nos avocaremos solamente a la enunciación del derecho extranjero en cuanto a sus normas, sino también a un breve análisis de estas legislaciones que nos ayude a elegir nuestra mejor solución. Es de saber que la posible aplicación (o importación) de una norma extranjera a nuestro país “depende de una serie de factores: los componentes socio-culturales y económicos de ambas sociedades, la relación que existe entre la administración y el administrados en

⁴⁷⁶ Ibid. ROJAS ULLOA, M., Pág. 3

⁴⁷⁷ MORÁN GARCÍA, G. (2002), El derecho comparado como disciplina jurídica: La importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico, Anuario de la facultad de derecho de la universidad de Coruña, Volumen Nro. 6, Pág. 501.

⁴⁷⁸ Ibid., Pág. 526.

⁴⁷⁹ Ibid., Pág. 522.

los modelos jurídicos, etc.”⁴⁸⁰; por esto, no cometeremos el error de traer una norma de otro país como solución estricta o como verdad a ultranza, sino que simplemente analizaremos el modo que han elegido estos Estados para preservar el derecho fundamental y así, acogemos ideas en la solución a elegir para salvar nuestro problema.

Es de amplio conocimiento que “la tendencia en el mundo actual está dirigida a la uniformización y armonización de los normas que regulan la conducta de la sociedad; por ello, el derecho comparado se convierte en la herramienta indispensable de la cultura jurídica”⁴⁸¹; herramienta que procedemos a utilizar para el análisis de los siguientes países:

CHILE.-

El primer sistema procesal penal a analizar en cuanto a, cómo afronta el tema de la condena del absuelto, será el del hermano país sureño de Chile que cuenta con un sistema procesal penal acusatorio similar al nuestro. Para introducirnos en la cuestión, antes debemos indicar que ellos entienden a los recursos “como mecanismos de impugnación de las divisiones judiciales, surgidos durante el desarrollo del sistema inquisitivo, como instancias del control burocrático”⁴⁸²; es decir que ellos encuentran que “existe una obvio conexión entre el ordenamiento vertical del poder y la revisión jerárquica”⁴⁸³; por lo que los ciudadanos chilenos consideran a la etapa de apelación como el fruto del control al poder excesivo por parte del gobierno y los operadores jurídicos; similar concepción a la que tenemos en el Perú sobre este recurso.

⁴⁸⁰ Ibid., Pág. 525.

⁴⁸¹ Óp. Cit. ROJAS ULLOA, M., Pág. 12.

⁴⁸² HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J. (2004), Derecho procesal penal chileno – Tomo II, Santiago de Chile: Editorial jurídica Chile, Pág. 347.

⁴⁸³ DAMASKA, M. (1997) Evidence law drift, Yale: Univesrsity press, United States, Pág. 35.

Como hemos dicho, en Chile, al igual que en el Perú, “la etapa de revisión no se concibe como un evento extraordinario, sino como una secuela de la adjudicación original que se debe esperar en el transcurso de los hechos”⁴⁸⁴; es ante esto mencionado que se asume que los chilenos también tienen un apego por la apelación como parte de un proceso ordinario; como resultado del control al poder con el que cuentan las autoridades y que lo tienen inmerso en ellos como un parte más del proceso, algo inseparable. Los chilenos al igual que nosotros los peruanos, entienden en el recurso de apelación, una parte del proceso ordinario; algo que debe pasar sí o sí para que sea un proceso completo y justo.

Es por ese apego a la apelación en la sociedad chilena que “la reforma procesal penal, al discutir el régimen de recursos, se vio obligada a lidiar con una organización jerárquica del poder judicial que se mantiene statu quo”⁴⁸⁵; sobre todo, tomando en cuenta que “va a surgir de este modelo, un régimen de recursos que restringe las posibilidades de impugnación de las resoluciones de primera instancia y limita el ámbito de control superior en los términos necesarios para asegurar el principio de inmediación... El tribunal de primera instancia pasa, por regla general, a adoptar una decisión definitiva que nos está sometida a una revisión posterior”⁴⁸⁶; entendiéndose así que EN CHILE HABLAMOS DE UN PROCESO A INSTANCIA ÚNICA; ya no tenemos a la apelación como un recurso ordinario que es utilizable en cualquier momento y visto de modo obligatorio, sino que tenemos en el juez de primera instancia, la decisión final del proceso y único decisor de la pretensión.

Es de notar, entonces, que el legislador chileno buscaba apegarse mucho más a la defensa del procesado; tomando en consideración que “el alcance y ámbito de aplicación de los recursos en materia criminal va a quedar entregado, así, no ya a la necesidades

⁴⁸⁴ Op. Cit. DAMASKA, M. Pág. 87

⁴⁸⁵ Op. Cit. HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J., Pág. 349.

propias del control burocrático, sino a la concepción del recurso como un derecho del imputado⁴⁸⁷; por lo que se olvida el derecho al recurso como un derecho del Estado y más bien, se lo entrega en exclusividad al imputado a razón de los derechos humanos, así lo dejan ver Horvitz Lennon y López Masle, al decir: “La concepción del recurso como un derecho del imputado tienen en su fuente en el texto de los tratados internacionales sobre derechos humanos”⁴⁸⁸.

Ante esta concepción del recurso en favor del imputado, sostenemos la idea de que el sistema procesal penal chileno se aúna a los argumentos de Maier cuando considera que la base político criminal del recurso en el derecho procesal penal, debe darse en un triple sentido: 1) “el recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado”⁴⁸⁹, 2) “el recurso ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento, que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal)”⁴⁹⁰, y 3) “el recurso de casación se debe transformar: dejen de regir las limitaciones impuestas al condenado para recurrir la sentencia... Y se ampliará el ámbito de revisión del fallo hasta admitir la máxima posibilidad de crítica...”⁴⁹¹; por tanto, “el régimen de recursos que instaura el código procesal penal chileno significa un nivel de avance importante hacia la consideración de los recursos como un derecho del imputado y no ya como un mecanismo para asegurar la centralización del poder estatal”⁴⁹². En Chile, se dejó de ver la apelación como un derecho del Estado representado por el fiscal; se concibe ahora como un derecho del imputado o procesado en post de sus derechos fundamentales.

⁴⁸⁶ *Ibíd.* Págs. 349-350.

⁴⁸⁷ *Óp. Cit.* HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J., Pág. 350.

⁴⁸⁸ *Ídem.*

⁴⁸⁹ MAIER, J. (2003) *Derecho procesal TOMO I*, Buenos Aires: editorial del puerto, página 708-709

⁴⁹⁰ *Ídem.*

⁴⁹¹ *Ídem.*

⁴⁹² *Óp. Cit.* HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J., Pág. 351.

Como medidas tangibles de lo antes expresado, notamos que “el régimen de recursos que instaura el código procesal penal chileno significa un nivel de avance importante hacia la consideración de los recursos como un derecho del imputado y no ya como un mecanismo para asegurar la centralización del poder estatal”⁴⁹³; como medida trascendente, se ha presentado una fuerte disminución de intensidad de utilización de los recursos de impugnación, como por ejemplo, se ha dado la “desaparición del mecanismo de la consulta, que permitía la revisión de oficio de ciertas resoluciones judiciales aún en el caso en que las partes no hubieran interpuesto recurso contra ellas”⁴⁹⁴; y en tanto al recurso de apelación, notamos que “el recurso de apelación no desaparece del todo, su ámbito de aplicación se restringe severamente al declararse improcedente respecto de sentencias definitivas dictadas tras un juicio oral y de todo tipo de resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal. El ámbito de aplicación de los recursos de apelación queda reducido a las resoluciones más importantes dictadas por el juez de garantía en los casos excepcionalmente previstos en la ley”⁴⁹⁵; ante esto dicho, evidenciamos una disminución de los sistemas de control vertical como un control de los superior jerárquicos, pero se “compensa por la mayor intensidad del denominado control horizontal, esto es, el que proviene de una efectiva intervención de las propias partes o interesados en la formación de la resolución judicial”⁴⁹⁶. Por las razones aquí vertidas, notamos que se ha presentado la “desaparición de la doble instancia como mecanismo de control de la sentencia definitiva”⁴⁹⁷; ya no hay una doble instancia en Chile para el proceso penal; ya no existe la apelación como recurso ordinario que pueda objetar la sentencia de primera instancia; solo se podrá objetar ciertas resoluciones del juez, causales que estarán en la ley.

⁴⁹³ Ídem.

⁴⁹⁴ Óp. Cit. HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J., Pág. 352.

⁴⁹⁵ *Ibíd.*, Pág. 353.

No obstante, si bien es cierto que se aprobó de modo pacífico la no posibilidad de apelación en contra de todas las resoluciones que se dan en el desarrollo del juicio oral, por ser un entorpecimiento al proceso y entenderlo así, fue distinta la situación con la imposibilidad de apelación en contra de sentencia definitivas dictadas en procedimiento ordinario, ello debido a “una larga tradición en nuestro país, que asignaba al recurso de apelación contra sentencia definitiva el carácter de una garantía para el imputado”⁴⁹⁸; pero finalmente, se aprobó la eliminación de la doble instancia en defensa de los llamados principios de inmediación y oralidad, señalando que este mecanismo de control “no resulta en general compatible con el nuevo sistema”⁴⁹⁹; explicando que no habría juicio oral si se contempla una apelación como estaba entendida antes ya que “la oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si en vez de darle el poder de decisión final al tribunal que asiste al juicio oral se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral”⁵⁰⁰; y además, si no se acoge la teoría de establecer un recurso de apelación que reprodujera un debate oral en segunda instancia es por dos motivos “el elevado costo que este conllevaría”⁵⁰¹ y “lo cierto es que un nuevo juicio, concebido de esta manera, no representa un reexamen del anterior o de su resultado, sino por el contrario, una segunda primera instancia, cuyo resultado depende, exclusivamente, de su

⁴⁹⁶ Óp. Cit. HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J., Pág. 353.

⁴⁹⁷ Ibíd. Pág. 354.

⁴⁹⁸ Ídem.

⁴⁹⁹ Mensaje del ejecutivo en código procesal penal (2002) , Santiago de Chile: editorial jurídica de Chile, Pág. 40-41.

⁵⁰⁰ PFEFFER URQUIAGA, E. (2001) Código procesal penal anotado y comentado, Santiago de Chile: editorial jurídica de Chile, página 362

⁵⁰¹ Óp. Cit. PFEFFER URQUIAGA, E. Pág. 363.

propio debate”⁵⁰²; argumentos suficientes en Chile para eliminar la doble instancia en Chile y convertirse al proceso único.

El argumento más duro a superar en Chile fue la manera de defender los principios constitucionales a través de un no atentado a los derechos fundamentales, puesto que se sostenía que la norma era inconstitucional “en la medida que privan al imputado del derecho de recurrir de apelación contra la sentencia pronunciada en el juicio oral”⁵⁰³; pero hemos de tomar en cuenta que los tribunales internacionales hacen referencia explícita del derecho a recurrir y eso no es igual a derecho de apelación⁵⁰⁴. Al final se llegó a la conclusión de que no sea apelable la sentencia pronunciada por el tribunal de juicio oral, pero se dieron algunos mecanismos de control que se explicaran en las líneas que siguen.

Aún con esto expresado, el debate sigue abierto en el hermano país, ya que Ferrajoli ha considerado que “reexamen quiere decir renovación integral del juicio por parte de un juez distinto sobre la cuestión, aunque sea la parcial y específica sometida a apelación. Aunque sí bien es cierto... Que el sistema actual un reexamen de este tipo contradice el principio acusatorio de la inmediación, pienso que este es el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista”⁵⁰⁵; con lo que ha abierto la duda sobre la eliminación de la doble instancia al entender que esta debe primar sobre el principio de inmediación y oralidad.

Sin embargo, a todo lo antes acotado sobre la posición del Estado chileno sobre la defensa de los derechos fundamentales, hemos de revisar la normativa chilena para saber

⁵⁰² Óp. Cit. MAIER, J., Pág. 719.

⁵⁰³ PEREIRA ANABALON, H. (1999) Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal, gaceta jurídica n.- 223, Santiago de Chile: editorial jurídica Conosur, Pág. 21

⁵⁰⁴ Óp. Cit. HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J., Pág. 357.

⁵⁰⁵ FERRAJOLI, L. (2001) Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia, en CRIMEN Y CASTIGO, año I, agosto del 2001, n.- 001, editorial de palma, Buenos Aires, Pág. 39.

si en realidad se están rigiendo por los idearios antes citados que deben ser la base de su proceso: la garantía de los derechos de los procesados. Haremos notar, en realidad que, este país ya no apunta a la doble instancia, la han eliminado, sino a la doble conforme: “la característica del régimen procesal penal chileno es la exigencia de la doble conformidad, también conocida de una manera menos elegante, fonéticamente, como regla de la doble conforme”⁵⁰⁶; esta exigencia que es entendida como “la doble conformidad puede ser reconocida como una característica del régimen de recursos chilenos, PORQUE ESTÁ CONSAGRADO COMO VÍA DE IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DICTADA EN UN JUICIO ORAL EL RECURSO DE NULIDAD, concebido este como un recurso amplio, sin restricciones de acceso provenientes de un excesivo formalismo... Permite en términos generales la invalidación del juicio oral y la sentencia cuando existe una infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales referida a la formalidad del juicio o a los hechos que hubieran dado por probados”⁵⁰⁷; es decir que, a modo de preservar el derecho a la “doble conforme”, en Chile se ha eliminado el recurso de apelación, pero se ha dejado abierta la puerta para el recurso de nulidad, siendo este un recurso amplio y poco formalista.

Hemos de decir sobre este recurso de nulidad que, da la facultad a la corte suprema, órgano encargado de llevarlo a cabo, de cambiar el sentido del fallo de primera instancia y revocarlo, si así lo permiten las causales; por lo que es obvio que podría presentarse la oportunidad de condenar al absuelto en el art. 385 del Código Procesal Penal Chileno⁵⁰⁸;

⁵⁰⁶ Óp. Cit. HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J., Pág. 359.

⁵⁰⁷ *Ibíd.*, Pág. 360.

⁵⁰⁸ Artículo 385.- La Corte podrá invalidar sólo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conforme a la ley, si la causal de nulidad no se refiriere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente correspondiere.

ante este hecho, se presenta en el art. 387 la posibilidad de abrir un tercera instancia⁵⁰⁹; es decir, en caso de condenar en segunda instancia al que fuera absuelto en la primera, sé aperturaría el recurso de nulidad para el que fue condenado por primera vez en segunda instancia, llegando así nuevamente a la corte suprema mediante las reglas generales establecidas para la nulidad; creando así una tercera instancia.

Debemos tener presente que la doble conformidad supone “la doble conformidad con la sentencia condenatoria, lo que podría dar lugar hasta a tres juicios”⁵¹⁰, cosa que es completamente reconocida en la parte final del art. 387 del código procesal penal chileno.

Como último punto a señalar, debemos dejar ver que el “régimen de recursos de recursos procesal penal chileno es el carácter bilateral de la facultad de recurrir, esto es, la posibilidad de que la parte acusadora recurra en contra de la sentencia definitiva, incluyendo en caso de sentencia absolutoria”⁵¹¹; tal posibilidad es contemplada, en términos generales, en el art. 352 del código procesal penal chileno conforme el cual “podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ella”; así que, el fiscal puede apelar una absolución en Chile al igual que en Perú y “no obstante lo criticable que, desde una perspectiva doctrinaria, pueda ser el carácter bilateral de la facultad del recurrir, ella debe ser admitida, sin embargo, como una característica más del régimen de los recursos en el CPP chileno”⁵¹². EN CHILE, EL FISCAL PUEDE APELAR LA ABSOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA VÍA NULIDAD.

⁵⁰⁹ Artículo 387.-...No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.

⁵¹⁰ Óp. Cit. HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J., Pág. 360.

⁵¹¹ Ídem.

⁵¹² Óp. Cit. HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J., Pág. 363.

Así concluimos que EN CHILE SE LLEVA EL PROCESO PENAL EN INSTANCIA ÚNICA, PERO QUE MEDIANTE EL RECURSO DE NULIDAD, QUE ES ASEQUIBLE TANTO PARA EL ACUSADO COMO PARA EL ACUSADOR, SE SATISFACE LA “DOBLE CONFORME” y se puede lograr que el juicio sea nulo; haciendo que se lleve a cabo un nuevo juicio o en todo caso, se revoque el fallo de primera instancia y se condene al absuelto; si ocurriera ello, EL CONDENADO POR PRIMERA VEZ EN SEGUNDA INSTANCIA, TIENE LA OPCIÓN DE RECURRIR NUEVAMENTE AL PROCESO DE NULIDAD PARA OBSERVAR SU SENTENCIA CONDENATORIA.

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.-

Para empezar, acotaré dos características importantes del modelo de justicia criminal de los Estados Unidos de Norteamérica que no se deben de olvidar: 1) Es de resaltar que Estados Unidos de Norteamérica es un país federado por tanto, dentro de cada Estado rigen dos jurisdicciones: La federal que es única e igual para todos los Estados que conforman el país y la estatal que es variable en cada Estado ⁵¹³; nosotros desarrollaremos el modelo de apelación de justicia criminal federal por ser el uniforme y que más nos ayudará en la presente tesis, pero sin dejar de señalar que “todas las jurisdicciones permiten por lo menos una apelación como derecho y muchos estados tienen dos niveles de tribunales de apelación”⁵¹⁴, aunque la variación de Estado a Estado se produce cuando en “el segundo nivel de apelaciones, en alguna jurisdicciones, el tribunal tiene discreción para conocer de las causas que escoja”⁵¹⁵; es a razón de esta desigualdad entre estados que acogeremos el modelo federal que es igual para todos los

⁵¹³ JACOBS, J. (Julio del 2001), Evolución del Derecho Penal de Estados Unidos, TEMAS DE LA DEMOCRACIA-LA JUSTICIA PENAL EN ESTADOS UNIDOS, PERIÓDICO ELECTRÓNICO DEL DEPARTAMENTO DE ESTADO DE E STADOS UNIDOS Vol. 6 numero I, Pág. 8-9.

⁵¹⁴ Cfr. Óp. Cit. JACOBS, J. Pág. 15

estados del país; 2) Diremos que el modelo de justicia criminal de los Estados Unidos no es acusatorio con tendencia adversarial como el peruano, sino que más bien es un modelo adversarial puramente, tal como señala Juan Luis Gómez Colomer: “El enjuiciamiento criminal federal en los Estados Unidos de Norteamérica se sustenta todo él en un sistema *adversarial* o de partes. También se emplea la expresión *Prosecutorial System*, que en el fondo es decir lo mismo que *Adversarial System*. La variante consiste en que con la expresión *prosecutorial* se incide en la función principal del Gobierno en el proceso penal, perseguir el delito a través de su órgano ad hoc, el Ministerio Público o Fiscal, y acusar de su comisión a una persona”⁵¹⁶; es así que encontramos un proceso donde las partes son adversarias y se enfrentan ante un tercero IMPARCIAL; tercero que no puede tomar parte en el proceso y se presenta como un árbitro que solo fija su atención en la dirección del debate y respeto de derechos fundamentales; la dignidad de la persona está por sobre todo; por ende, debemos recordar que “el sistema adversarial representa además un valor superior a cualquier otro por su consideración de la dignidad de las personas, lo que conlleva que atacante y atacado, Ministerio Público y acusado, sean tratados en el proceso como iguales”⁵¹⁷; el tema central del modelo adversarial es la igualdad de las partes: Las partes en encuentran ante el juez con total igualdad y en post de conseguir la condena o absolución, según corresponda. No hemos de olvidar que los Estados Unidos de Norteamérica siempre ha asumido esta postura de modelo adversarial, ya que “para que se pueda hablar por tanto de sistema de enjuiciamiento criminal en USA, éste o es *adversarial* o acusatorio, o es nada, es decir, no existe, siendo cualquier otra cosa distinta todo lo que se quiera menos enjuiciamiento criminal y, por

⁵¹⁵ Ídem.

⁵¹⁶ GOMÉZ COLOMER, J. (2008), La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir, Anuario de derecho penal, vol. XXX, Pág. 28.

⁵¹⁷ Op. Cit. GOMÉZ COLOMER, J., Pág. 30.

tanto y como consecuencia, tampoco proceso penal”⁵¹⁸; este sistema procesal es su esencia y no conciben otro modelo de enjuiciamiento.

A modo de introducción en el tema que nos concierne, que es: saber cómo funciona su modelo de apelación en el modelo de justicia criminal de Norteamérica, nombraremos a Maier que aunque argentino, adopta mucho la idea de *Ne Bis in ídem* que ostenta el modelo de justicia criminal americano al señalar que “la absolución , salvó que sea en caso de aplicación de una medida de seguridad y corrección, y la condena no recurrida a favor del imputado, quedan firmes por su solo pronunciamiento y cualquier persecución penal posterior debe ser considera un *bis in ídem*”⁵¹⁹; es decir, que en Estados Unidos, cuando se presenta una absolución ante el jurado, “el principio bajo el cual se resuelve el problema es, precisamente, el que nosotros conocemos como *non bis in ídem*”⁵²⁰; pero tenemos que señalar que nosotros entendemos este principio de modo distinto, como ya hemos visto⁵²¹; para el modelo peruano, llevar a una persona a ser juzgada dos veces por lo mismo, se presentaría cuando se da por culminado el proceso (primera y segunda instancia), y no cuando se nos da por absuelto en primera instancia.

¿Cómo así entienden el *non bis in ídem* los americanos? Pues, la Corte Suprema del país norteamericano ha sostenido que si un jurado en un caso de justicia criminal, llega a un veredicto de *not guilty*, la prohibición contra la doble incriminación impide la nueva persecución por parte del fiscal; esta garantía es la llamada: *double jeopardy prohibition*, que está inmersa en la quinta enmienda, como ya señalamos en el punto anterior. El eje central de esta decisión de la Corte Suprema lo encontramos en *United states vs. Ball* que se llevó a cabo en 1896 y que ha sido la piedra angular sobre la que se sustenta “la

⁵¹⁸ CARP, R. A. & STIDHAM, R. (2001), The Federal Courts, Washigton: Ed. Congressional Quartely, Pág. 157.

⁵¹⁹ MAIER, J. (2003) Derecho procesal TOMO II, Buenos Aires: editorial del puerto, Pág. 711

⁵²⁰ Óp. Cit. HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J., Pág. 362.

doble exposición”; en esta sentencia se distinguió la situación de quién había sido absuelto respecto de quienes habían sido condenados en el mismo juicio. Producida la anulación por objeciones de los condenados se confirmó la condena de estos últimos dictada en el nuevo juicio pero se revocó la del primero por entenderlo amparado en el resguardo de la quinta enmienda, argumentando que: *“The Constitution of the United States, in the Fifth Amendment, declares, "nor shall any person be subject to be twice put in jeopardy of life or limb." The prohibition is not against being twice punished, but against being twice put in jeopardy; and the accused, whether convicted or acquitted, is equally put in jeopardy at the first trial... As to the defendant who had been acquitted by the verdict duly returned and received, the court could take no other action than to order his discharge. The verdict of acquittal was final, and could not be reviewed, on error or otherwise, without putting him twice in jeopardy, and thereby violating the constitution.”*⁵²²

Además, se ha de tomar en cuenta que, en el caso *United states vs. Scott* se adujo que *“to permit a second trial after an acquittal, however mistaken the acquittal may have been, would present an unacceptably high risk that the government with its vast superior resources, might wear down the defendant so that, even though innocent, he may be found guilty”*⁵²³; con lo cual entendemos, que para este Estado, el *non bis in ídem* se

⁵²¹ Cfr. Vid. Supra. Pág. 127.

⁵²² *United states vs. Ball* 163 U.S. 662. La Constitución de los Estados Unidos, en la Quinta Enmienda, declara, "ninguna persona estará sujeta a ser puesta dos veces en riesgo de perder la libertad o la integridad física." La prohibición no es en contra de ser castigado dos veces, pero sí lo es en contra de su puesta dos veces en riesgo de perder la libertad; y el acusado, ya condenado o absuelto, se pone igualmente que en el primer juicio en peligro al volverlo a procesar... En cuanto al acusado que había sido absuelto por la sentencia debidamente devuelto y recibido, el tribunal no podría tomar ninguna otra acción que la de ordenar su puesta en libertad. La sentencia absolutoria es definitiva, y no podía ser revisado, en caso de error o de otra manera, sin ponerlo dos veces en peligro, y violando la Constitución.

⁵²³ *United States v. Scott*, 437 U.S. 82, 91. Permitir un segundo juicio después de una absolución, sin importar cuán errónea la absolución pueda haber sido, presentaría un inaceptable alto riesgo de que el gobierno con sus recursos abrumadoramente superiores pudiera agotar al acusado para que, aunque inocente, se dirá ser encontrado culpable.

presenta cuando a una persona se le absuelve y hay la imposibilidad de volverlo a poner en riesgo de perder su libertad.

Para el tema que nos importa, podríamos resumir la apelación en Estados Unidos del siguiente modo: “una posibilidad legal, pero no una exigencia constitucional”⁵²⁴; esto a razón de que “la interpretación de la Corte Suprema le ha dado al principio del debido proceso concluye que este no influye, necesariamente, el acceso indefectible al recurso de apelación”⁵²⁵; por tanto, el *Right appeal* no es parte del debido proceso y no forma parte de los derechos constitucionales de los norteamericanos. Sin embargo, que no esté en la constitución americana, no quiere decir que no pueda estar en una ley, siendo así que “un derecho exista y viva no es menester que la constitución lo consagre, sino que no lo prohíba; si la ley lo contempla y la carta política no lo impide, puede ser tanto o más efectiva”⁵²⁶; por esa razón, encontramos que las normas federales de procedimiento criminal “consagran el derecho de todo condenado de apelar su condena o la sentencia; pero la otra cara de la moneda es que la fiscalía no puede apelar una absolución”⁵²⁷; aunque también hemos de comentar que cierto sector de la doctrina señala que “teóricamente las apelaciones de absoluciones basadas en razones legales y no fácticas son posibles, la verdad es que una clara distinción entre las unas y las otras ha hecho que prácticamente las absoluciones sean inapelables”⁵²⁸; es decir, en el sistema de justicia criminal americano, el fiscal si ha perdido el caso, queda sin posibilidad de apelar la absolución por cuestiones de hecho; podría intentarlo por cuestiones de derecho, pero es un poco difícil que obtenga buenos resultados con este intento. Esto es lo que dicta el

⁵²⁴ MUÑOZ NEIRA, O. Sistema penal acusatorio de Estados Unidos, primera edición, 2008, Bogotá, página 169

⁵²⁵ Ídem.

⁵²⁶ Ibíd. MUÑOZ NEIRA, O., Pág. 170.

⁵²⁷ Óp. Cit. MUÑOZ NEIRA, O., Pág. 170.

⁵²⁸ FORREST G. ALOGNA. (2011) Double jeopardy, acquittal appeals, and the law-fact distinction. Cornell law review, página 1131.

sistema federal; así también lo deja ver Thaman cuando dice: “En Estados Unidos, cuando el fiscal solicite la nulidad del juicio (*mistrial*) debido a dificultades para probar la culpabilidad del acusado en razón de una evidencia débil, el principio de *non bis in idem* impedirá un nuevo juicio sobre los mismos cargos. En Estados Unidos una absolución por el jurado (o el tribunal) es definitiva y no puede ser apelada por la fiscalía, impidiendo de esta forma las revocaciones arbitrarias de absoluciones del jurado que a veces se encuentran en algunos países europeos.”⁵²⁹

Este hecho de no poder apelar, no es un capricho del legislador, sino que encuentra su razón de ser en fundamentos fuertes como procedemos a explicar: “Las razones que sustentan esta asimetría son diversas; en primer lugar, se considera que una apelación contra el acusado que ha sido absuelto violaría el principio *non bis in idem*. Pero hay otras razones de política criminal que también se han expuesto: por ejemplo, que la carga del proceso significa para el acusado no es mutuo: por ejemplo, que la carga que el proceso significa para el acusado es mucho mayor que la que soporta la fiscalía, y que hay disparidad entre los recursos que dispone esta y los que están al alcance de aquel”⁵³⁰; por lo que hay una notoria disparidad entre lo que ha de padecer una de las partes sobre la otra, cosa que es inaceptable. Sin embargo, no todas las apelaciones están prohibidas para el fiscal americano, por ello, hemos de decir además que “en el sistema federal, al igual que en los sistemas estatales, la fiscalía puede apelar la declaratoria judicial de nulidad de una acusación; aunque es muy raro que un juez haga uso de esta

⁵²⁹ THAMAN, STEPHEN C. (2005), “La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos”. En: Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de Derecho Comparado, Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett (compiladores), Universidad Externado de Colombia, págs. 173-174.

⁵³⁰ Óp. Cit. MUÑOZ NEIRA, O., Pág. 170.

facultad en caso de ejercerla, la fiscalía tiene la opción de impugnar... Como técnicamente no es una absolución, se permite la interposición del mentado recurso.”⁵³¹

Como una anotación extra, comentaremos que “la persona que ha sido condenada y que he perdido en esta vía, le queda como opción otra posible segunda jornada que es, justamente, la acción de Hábeas corpus”⁵³²; ante lo cual, el imputado cuenta con dos instancia ordinarias y una extraordinaria en caso de ser condenado; cosa que no pasa con el fiscal que solo cuenta con una oportunidad; además, en caso de que sea “condenado por una justicia estatal, y ha agotado allí los remedios usuales de que dispone, incluida la petición de Hábeas corpus , la opción que le queda, en el evento de haber perdido, es pedirle a una Corte Federal revise el caso, si es que considera que un derecho auspiciado por la constitución federal o las leyes federales la ha sido violado”⁵³³; con lo que en realidad, el procesado tiene una amplia gama de posibilidad para defender su libertad.

Así concluimos que el modelo de apelación que ostenta el sistema adversarial norteamericano, ES UNA APELACIÓN QUE SOLO SE APERTURA PARA EL CONDENADO O EL ACUSADO QUE SE CONSIDERE AFECTADO POR LA DECISIÓN DEL JURADO O EL JUEZ; sin embargo, el fiscal no cuenta con la posibilidad de apelar el fallo que sea absolutorio para quien se pretendía la condena.

COLOMBIA.-

Como primer apunte, hemos de establecer que el modelo procesal penal colombiano tampoco es acusatorio con tendencia adversarial; este modelo que vamos a invocar, al igual que el norteamericano, es un proceso meramente adversarial que nace de la confrontación de partes; así de lo dice Cadavid Botero: “El sistema procesal penal

⁵³¹ Óp. Cit. MUÑOZ NEIRA, O., Pág. 171.

⁵³² Ídem.

⁵³³ Ídem.

colombiano es puramente adversarial. Búsqueda de la verdad que nace de la confrontación. Enfrentamiento dialéctico de las partes.”⁵³⁴; por lo que volvemos a encontrarnos ante un proceso donde “el fiscal y el acusado aparecen como antagonistas que buscan la absolución o condena de acuerdo a sus intereses particulares”⁵³⁵. Esto como una acotación a tomar en cuenta.

En cuanto al tema que nos concierne: “la condena del absuelto” en el proceso penal colombiano, para empezar, he de decir que la carta constitucional colombiana en su art. 29, incluye en forma expresa el derecho a impugnar la decisión final del proceso penal⁵³⁶; y el principio de la doble instancia y el de la Reformatio in peius, “se encuentran consagrados en la constitución en el artículo 31 referido a la sentencia condenatoria”⁵³⁷. Sin embargo, es claro que con esto no basta para decir si existe la posibilidad o no de apelar el fallo absolutorio y tampoco establecer si se puede condenar al absuelto; y en caso de haber esto, cómo es que lo resuelven los legisladores colombianos para no afectar los Tratados internacionales a los que también están adscritos; En Colombia a diferencia de nuestra país, si se cuestionan la posibilidad de apelación por parte del fiscal; a raíz de este tema se han generado dos posturas en Colombia: La que considera que SÍ SE PUEDE APELAR EL FALLO ABSOLUTORIO y la que considera que NO SE PUEDE APELAR EL FALLO ABSOLUTORIO. Hemos de hacer notar que en nuestro país, la posibilidad de condenar al absuelto no está en discusión⁵³⁸; cosa que en Colombia sí ha pasado, pero desde la perspectiva del

⁵³⁴ CADAVID BOTERO, M. (2014). Conferencia magistral: La prueba de oficio en el proceso penal acusatorio. En el IV congreso internacional de Derecho Procesal Penal llevado a cabo en la ciudad de Arequipa del 13-15 de agosto del 2014.

⁵³⁵ Ídem.

⁵³⁶ PIERO VERA, A. (2006) Los recursos en la audiencias preliminares y previas al juicio oral, el proceso penal acusatorio colombiano, tomo III roles de los intervinientes, Bogotá: ediciones jurídicas Andrés Morales, Pág. 169

⁵³⁷ Óp. Cit. PIERO VERA, A., Pág. 169.

⁵³⁸ Cfr. Vid. Supra. Pág. 127.

cuestionamiento a la posibilidad de apelar el fallo por parte del fiscal, y lo procedemos a desarrollar.

Rápidamente expondremos que hay quienes consideran que NO SE DEBE DAR LA POSIBILIDAD DE APELAR AL FISCAL bajo la premisa de que “si se acepta que todas las partes e intervinientes, entre nosotros la fiscalía, el ministerio público, la víctima, y la defensa material y técnica, puedan ser beneficiados por esta garantía, estaríamos quebrando varios principios del sistema acusatorio, como la concentración y la inmediación, ya que sí después de un arduo debate probatorio se llega a la conclusión de absolver, está debe quedar inmodificable pues ese fue el querer edil estado a través de sus agentes”⁵³⁹; siendo así que, “pretender lo contrario es como violar el non bis in ídem, ya que el acusador fracasó en su intento y sería por lo menos inelegante y casi innoble perseguir en su vano intento”⁵⁴⁰; es por esa razón que un sector de la doctrina colombiana, ante la pregunta: ¿Podría impugnarse la sentencia absolutoria?, responde diciendo que “la respuesta es definitivamente de carácter negativo. La sentencia absolutoria no puede ser objeto de recurso alguno”⁵⁴¹; ya que “de nada sirve un proceso penal constitucionalizado con todas las garantías, si el juez de segunda instancia, sin mediación con la prueba, sin haber presenciado el juicio concentrado, tuviera la potestad de modificar la decisión del juez que sí lo tuvo, lo cual implicaría sin duda una violación al reconocimiento del juicio con todas las garantías”⁵⁴²; argumento que ya ha sido utilizado en Chile, pero para instaurar un proceso a instancia única. Con lo que se presenta una postura de la doctrina que señala que “toda sentencia condenatoria, sí puede

⁵³⁹ Óp. Cit. PIERO VERA, A., Pág. 169.

⁵⁴⁰ ACERO, R. (2004) Algunos aspectos críticos del sistema acusatorio, Bogotá: Ediciones ciencia y derecho, Pág. 29

⁵⁴¹ Castro Ospina, S., Albarracín Durán, D. & Arias Duque, J. (26 de Abril del 2005), MANEJO DE LOS RECURSOS EN EL NUEVO ESTATUTO PROCESAL PENAL COLOMBIANO. En: <http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CONSEJO%20SUPERIOR/sistema%20penal%20acusatorio/conversatorio/RECURSOS.doc>

⁵⁴² Ídem.

ser apelada, e incluso la absolutoria, por el mismo procesado, por no estar de acuerdo, por ejemplo con las razones que motivaron la decisión”, pero no se podrá apelar nunca una sentencia absolutoria por parte del acusador; ello en atención también a los tratados internacionales sobre derechos humanos⁵⁴³.

Por otro lado, están quienes consideran que “la apelación procede contra los autos proferidos en desarrollo de las audiencias y contra la sentencia sea ella absolutoria o condenatoria”⁵⁴⁴; es decir que, el fiscal si podría apelar una absolución por parte del fiscal; esto a razón del art. los artículos 176 y 177 de la Ley 906 de 2004⁵⁴⁵, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal; siendo así que “proferida la sentencia de carácter absolutorio o condenatorio por el juez competente, se deberá interponer el recurso de apelación”⁵⁴⁶; habilitando así la posibilidad de apelar por parte del fiscal.

Ante estos dos artículos, que abren la facultad de apelación de la absolución, se presentó una acción pública de inconstitucionalidad; ante la cual, La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia se pronunció en la sentencia C-047/06, vertiendo los siguientes argumentos:

PRIMERO.- De acuerdo con la jurisprudencia constitucional de Colombia, la garantía del *non bis in ídem* opera frente a sentencias definitivas que declaren la absolución o condena del procesado; sentencias amparadas por la cosa juzgada. Siendo así que, el *non*

⁵⁴³ Ídem.

⁵⁴⁴ Artículo 176. Recursos ordinarios. Son recursos ordinarios la reposición y la apelación. Salvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones y se sustenta y resuelve de manera oral e inmediata en la respectiva audiencia.

La apelación procede, salvo los casos previstos en este código, contra los autos adoptados durante el desarrollo de las audiencias, y contra la sentencia condenatoria o absolutoria.

Artículo 177. Efectos. La apelación se concederá:

En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:

1. La sentencia condenatoria o absolutoria.

⁵⁴⁵ AVELLA FRANCO, P. (2007), Estructura del Proceso Penal Acusatorio, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Pág. 160.

⁵⁴⁶ Ibíd. Pág. 163.

bis in ídem, sólo puede acudir a esa garantía cuando ha concluido el juicio con una sentencia en firme. Es claro que, cuando en el proceso penal se ha configurado un sistema de recursos, de manera tal que lo decidido en primera instancia sea susceptible de control por una instancia superior, no cabe señalar que el proceso se ve concluido en primera instancia.

SEGUNDO.- La segunda instancia no da lugar a un proceso autónomo en el que se repita de manera íntegra el juicio, sino que se trata de la oportunidad prevista por el legislador para que el superior jerárquico controle la corrección de la decisión adoptada en primera instancia. Ello significa, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley 906 de 2004 y de consolidada jurisprudencia sobre el particular, que el superior actúa sobre los aspectos impugnados, para lo cual tiene como base los registros que, por solicitud de los interesados, se hayan allegado al recurso y los argumentos presentados en audiencia por los distintos sujetos procesales; SATISFACIENDOSE DE ESE MODO EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.

TERCERO.- Si bien la impugnación de la sentencia condenatoria es un derecho consagrado expresamente a favor del procesado en la Constitución y en diversos instrumentos internacionales, no es menos cierto que la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria es expresión de derechos de similar entidad de las víctimas y materialización del deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo. Siendo así que, la posibilidad de apelar la absolución no es inconstitucional sino que es una facultad que se ha otorgado al legislador.

CUARTO.- Ni la Convención, ni el Pacto, contienen la prohibición de que los ordenamientos jurídicos de los estados parte establezcan la posibilidad de apelar la sentencia absolutoria en materia penal, ni de esos instrumentos se desprende una

interpretación de la garantía del *non bis in ídem* que sea contraria a la que se ha plasmado en el código procesal penal colombiano.

Siendo así que concluimos que, ni la constitución colombiana, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se deprede una prohibición para el estado colombiano de establecer la posibilidad de apelar sentencia absolutoria en materia penal, posibilidad que tampoco resulta contraria a la garantía del *non bis in ídem* consagrada en la Constitución. Por tanto, ES POSIBLE APELAR POR PARTE DEL FISCAL, EL FALLO ABSOLUTORIO.

Finalmente, ante esta posibilidad de apelación, debemos expresar que el art. 179-E⁵⁴⁷ (modificado recientemente en el año 2010); SE RECONOCE LA POSIBILIDAD DE QUE EL AD-QUEM CONDENE EN SEGUNDA INSTANCIA AL ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA; POR LO QUE ESTARÍAN EN UNA SITUACIÓN SIMILAR A LA NUESTRA YA QUE, NO EXISTE UNA INSTANCIA QUE REVISE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA; pero haciendo la salvedad que la constitución colombiana reconoce la doble instancia, cosa que le imposibilita abrir una tercera instancia, a diferencia de nosotros que contamos con el derecho a la pluralidad de instancias y por tanto, sí podríamos abrir una tercera instancia.

Es así que concluimos que en el proceso penal colombiano, SÍ SE PUEDE CONDENAR EN SEGUNDA INSTANCIA AL ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA, SIMILAR A NUESTRA SITUACIÓN; SEÑALANDO QUE ELLOS TAMPOCO CUENTAN CON UNA INSTANCIA REVISORA DE ESTE FALLO CONDENATORIO. Estamos en igualdad de afectación a los Tratados Internacionales que ambos países han adscrito.

ARGENTINA.-

Antes de iniciar el análisis, hemos de recordar cuatros puntos de suma importancia: 1) Argentina es un país federado, por tanto, cuenta también con dos sistemas de procesamiento penal, uno federal y otro para cada provincia que conforma el país; 2) En ARGENTINA TAMBIÉN SE LLEVA A CABO UN PROCEDIMIENTO A INSTANCIA ÚNICA, por lo que no hay recurso ordinario de apelación para los fallos obtenidos por el juez de primera instancia; 3) Que, en Argentina, “manteniendo el apego por la principio de bilateralidad en materia impugnatoria, autorizan al misterio público a recurrir las decisiones jurisdiccionales dictadas en el proceso penal”⁵⁴⁷; a lo cual entendemos que, LOS MISMOS DERECHOS DE ACCESO AL RECURSO QUE TENGA EL ACUSADO, LOS TENDRÁ EL FISCAL; y 4) Que, la sentencia ya analizada líneas arriba sobre el “caso Mohamed” proviene precisamente de este país; por lo cual, debemos anotar anticipadamente que, el procedimiento con el que se cuenta en Argentina ha sido variado desde que se le dio por atentatorio contra la CADH por no contar con un recurso ordinario para impugnar el fallo condenatorio al que puedan acceder las personas condenadas por un juez o tribunal de primera instancia; sin embargo, no está de más explicar cómo es que la legislación argentina pretende asegurar el derecho a recurrir el fallo por parte del condenado ante un tribunal superior.

Para explicar el procedimiento argentino, recurriremos a Eduardo M. Jauchen, quien expresa que “según la interpretación integrativa que cabe extraer de diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el superior tribunal de la causa a los efectos de deducir el recurso extraordinario de la ley 48 lo será

⁵⁴⁷ Artículo 179 E. Decisión del recurso. Si el superior concede la apelación, determinará el efecto que le corresponda y comunicará su decisión al inferior.

⁵⁴⁸ JAUCHEN, E. (2012) Tratado de Derecho Procesal Penal - Tomo III, Santa fe: Editores Rubinzaul Culzoni, Pág. 601-602

el máximo organismo judicial que corresponda a la jurisdicción de radiación originaria del proceso; este órgano judicial debe ser a su vez el que haya dictado la resolución que se intenta revisar por la Corte Suprema como requisito para que haya fenecido según la exigencia del artículo 14 de la ley 48.”⁵⁴⁹; por tanto, antes de llegar a la Corte Suprema de la Nación o ante el Supremo Tribunal de cada provincia(dependiendo si es justicia provincial o federal), es menester haber presentado el recurso extraordinario ante el máximo tribunal de la ciudad donde se haya producido la sentencia de primera instancia; recordando que en Argentina hay un Supremo Tribunal por cada Provincia y un Supremo Tribunal de la nación en general. Si queremos que nuestro pedido llegue al Supremo Tribunal de la nación o al máximo tribunal del Estado, lo que en el Perú sería la Corte Suprema de justicia, debemos antes pasar por el máximo órgano de la jurisdicción de donde proviene la sentencia de primera instancia.

Siendo “de forma tal que frente a la sentencia definitiva del tribunal de origen el recurso debe interponerse ante las cámaras de casación en las provincias y luego sobre la resolución de éstas ante los superiores tribunales locales en los supuestos de justicia provincial, o bien ante la cámara nacional de casación penal en los supuestos de la justicia federal”⁵⁵⁰; es decir que, antes de llegar al máximo organismo de justicia, sea la Corte Suprema de la Nación o el tribunal superior de cada provincia, habremos de pasar por una etapa intermedia que nos revise el recurso extraordinario para ver si este, nos puede resolver la afectación; en caso no, recién se podrá acceder al máximo tribunal federal o de provincia. “Siempre es menester recorrer esa jerarquía de tribunales intermedios para poder llegar a la corte”⁵⁵¹; esto obedece a la razón de que las partes pueden encontrar la reparación de los perjuicios que les afectan en un tribunal

⁵⁴⁹ *Ibíd.*, Pág. 69.

⁵⁵⁰ *Óp. Cit.* JAUCHEN, E., Pág. 69.

⁵⁵¹ *Ídem.*

intermedio y que el recurso que llegue a la Corte sea con fundamento mucho más elaborado.

Por lo que caemos en cuenta de que en ARGENTINA NO SE CUENTA AÚN CON UN RECURSO ORDINARIO PARA APELAR EL FALLO CONDENATORIO; por esta razón, este país sigue desatendiendo lo dictaminado por la Corte IDH; recordando que EL RECURSO POR EL CUAL PRETENDÍA DARSE CUMPLIMIENTO ERA EL DE LA CASACIÓN, ello lo señaló la Corte Suprema de la Nación al decir: “a partir del precedente Ulloa Vs. Costa Rica, serie C, Nro. 107, Corte Interamericana de Derechos Humanos, del dos de Julio del 2004, se considera que en el estado actual de la legislación procesal penal de la nación; los recursos ante la Cámara Nacional de Casación Penal constituyen la vía a la que todo condenado puede recurrir en virtud del derecho que consagran los art. 8, inc. 2, ap. H, de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14, inc. 5, Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”⁵⁵²; siendo esto, un recurso insuficiente para la Corte IDH por no ser un recurso ordinario ni de amplio espectro para la revisión del fallo condenatorio.

Una vez analizados de modo detallado los cuatro países anteriores, corresponde ahora hacer una rápida revisión de algunos otros países de Latinoamérica y Europa; esto solamente con el fin de generar una idea a grandes rasgos de cómo es que se lleva a cabo la defensa de la “doble conforme” en otros sistemas procesales del mundo:

MÉXICO.-

Sobre México, debemos señalar que este es un país federado, por tanto, tienen dos sistemas de justicia criminal: uno federal y otro estatal; desarrollaremos el sistema impugnatorio federal, en este, “se reconoce el sistema de la doble instancia, misma que

⁵⁵² CSJN, 20-9-2005, caso "Matías Eugenio Casal, causa 1681.

tiene el objetivo de reexaminar la sentencia de primera instancia, teniendo que confirmar, modificar o revocar la sentencia primigenia”⁵⁵³; por lo cual, en México, se tiene la posibilidad de cambiar la sentencia dictada por el *ad-quo*, rechazando de este modo, los procesos a instancia única. Obsérvese que al igual que nuestro código procesal penal, el *ad-quem* puede revocar la sentencia y condenar en segunda instancia.

Además, la ley otorga los recursos impugnatorios, dentro de ellos la apelación, para “las partes” en general, para “impugnar las resoluciones que les causen agravio, a efecto de que sean examinadas por la propia autoridad que las dicte o por otra de mayor jerarquía y, en su caso, sean revocadas o modificadas.”⁵⁵⁴; es evidente que dentro de las posibilidades de uso de los medios impugnatorios, tenemos contemplado que el fiscal pueda apelar el fallo absolutorio del que fuera absuelto en la primera instancia. NO SE RESTRINGE LA APELACIÓN DEL FISCAL O SE LIMITA SU POSIBILIDAD DE ACCIÓN.

Es importante señalar que en México se adopta la apelación como medio para impugnar el fallo de primera instancia, diferenciándolo de otros modelos procesales que ven en la casación el modo de impugnar el fallo del juez de primera instancia; ello se evidencia al decir que se adopta “como medio de impugnación de las sentencias definitivas el recurso de apelación, mientras que los otros plantean el de casación, pues consideramos que ello no violenta los principios de contradicción, inmediación ni inmediatez, ya que la apelación es el recurso procedente contra resoluciones que no han causado estado mediante el cual el que se dice agraviado manifieste su inconformidad con la resolución

⁵⁵³ GARCÍA GARCÍA, S. (2011) El Procedimiento Penal. En: Diplomado El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la Perspectiva Constitucional (Ciudad de México, Marzo y septiembre del 2011): El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional. México: Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación, Pág. 286.

⁵⁵⁴ Ídem.

judicial que se le ha dado a conocer”⁵⁵⁵; es así que EN MÉXICO NO SE DESNATURALIZA LA CASACIÓN PARA HACER EL CONTROL DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA; GENERANDO DE ESTE MODO QUE LA APELACIÓN MANTENGA SUS STATUS DE PROCESO DE REVISIÓN Y CONTROL; viéndola como “un medio de impugnación, a través del cual se pretende lograr que un tribunal superior en grado al que dictó la resolución impugnada, tras un nuevo examen tanto de las cuestiones de hecho como de las de derecho y en la medida de los agravios articulados, disponga la revocación o la nulidad de aquella así como, en su caso, la de los actos que la precedieron.”⁵⁵⁶

Es por esto que, en México se entiende a la apelación como “el recurso impugnatorio más importante y que lo contempla la mayoría de procedimientos, a excepción de los que sólo tienen una instancia como lo que sucede en la justicia de paz. Es una garantía del procesado”⁵⁵⁷; ASÍ CONCLUIMOS QUE EN MÉXICO, EL FISCAL PUEDE APELAR LA ABSOLUCIÓN Y UNA VEZ HECHO ESTO, EL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA PODRÁ REVOCAR EL FALLO Y CONDENAR AL QUE FUERA ABSUELTO EN PRIMERA INSTANCIA. LA CASACIÓN SE RESERVA COMO UN RECURSO EXTRAORDINARIO.

COSTA RICA.-

En Costa Rica, debemos evidenciar sobre la apelación que “este medio de impugnación ha sido expresamente limitado. Se establece como principio que será apelable las resoluciones que tengan expresamente acordado este recurso. La lista de resoluciones

⁵⁵⁵ Óp. Cit. GARCÍA GARCÍA, S., Pág. 286.

⁵⁵⁶ CONEJO AGUILAR, M. (2008) Medios de Impugnación y defensa penal, Lima: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, Pág. 54

⁵⁵⁷ GÁÑEM HERNANDEZ, E. (2004) La reforma procesal penal federal en México. Dirigida por Juan-Luis GOMEZ COLOMER. Tesis doctoral inédita. Universidad Jaime I de Castellon, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas.

apelables se encuentra en el artículo 437 del CPP.^{558»559}; por esto, es que en Costa Rica, la apelación de una sentencia sea absolutoria o condenatoria, no es posible. Nos encontramos nuevamente ante un proceso de instancia única, donde se respeta la decisión del juez de primera instancia y encontrando que en la casación, solamente se revisan las sentencias que provengan de juicio oral⁵⁶⁰, y solamente podrá estar basada en temas de derecho⁵⁶¹, no se discutirán los hechos bajo ninguna perspectiva.

En Costa Rica, en el afán de cumplir con los requerimientos de la Convención sobre el derecho a recurrir el fallo, se ha entregado a la casación el cumplimiento de este derecho; aun cuando su casación cuenta con causales para poder acceder a ella. Es importante “anotar que en la reforma procesal penal que se implementó en el resto de los países de Centroamérica y República Dominicana, se mantuvo una apelación especial como recurso contra la sentencia, dejando el de casación como un recurso mucho más limitado, procedente contra la sentencia de segunda instancia, y como sabemos esto no ha sucedido en Costa Rica. De ahí la importancia de tener claro por qué aquí tiene un carácter distinto”⁵⁶²; en Costa Rica, aun con las causales con las que cuenta la casación, “el único requisito que le queda al recurrente por cumplir y que no es contrario a la sentencia de la Corte (Ulloa vs. Costa Rica) es la existencia del agravio, ya que precisamente el derecho a un recurso eficaz surge cuando la persona expone que ha

⁵⁵⁸ ARTÍCULO 437. Resoluciones apelables

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

⁵⁵⁹ Óp. Cit. CONEJO AGUILAR, M., Pág. 54.

⁵⁶⁰ ARTÍCULO 444. Resoluciones recurribles

Además de los casos especiales previstos, sólo se podrá interponer el recurso de casación contra la sentencia y el sobreseimiento dictados por el tribunal de juicio.

⁵⁶¹ ARTÍCULO 443. Motivos

El recurso de casación procederá cuando la resolución inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso sólo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente su saneamiento o ha hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los casos de defectos absolutos y los producidos después de clausurado el debate.

sufrido agravios que deben ser reparados. De lo contrario no podría saber el tribunal de rango superior cuál es el perjuicio que ocasiona el fallo, ni podrá establecer si este es contrario a derecho”; siendo así que, para la casación en Costa Rica, acorde a su modelo de casación, lo importante será EXPRESAR LA NATURALEZA DEL AGRAVIO: ¿Cómo le afecta el fallo? Y nada más; pero hemos de señalar que la casación NUNCA PODRA VER TEMAS DE HECHO Y POR ESO, NO ES UN PROCESO AMPLIO COMO LO HA EXIGIDO LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Por lo acotado, concluimos que EN COSTA RICA SE HA GENERADO UN PROCESO DE INSTANCIA ÚNICA, bajo la cual SOLO SE PODRÁN APELAR ALGUNAS RESOLUCIONES DENTRO DEL PROCESO PENAL, PERO NO LA SETENCIA QUE PROVENGA DE JUICIO ORAL; se respeta la sentencia del juez de primera instancia; Y PARA SATISFACER LOS REQUERIMIENTOS DE LA CONVENCIÓN Y LA CORTE, HA HECHO QUE LA CASACIÓN SEA UN MEDIO DE CONTROL, pero hablando de la salvedad de que EN ESTA INSTANCIA, NO SE PODRÁ HABLAR DE HECHO, SOLAMENTE CUESTIONES LIGADAS A UN AFECTACIÓN POR DERECHO.

Como punto siguiente, corresponde desarrollar algunos sistemas procesales europeos siguiendo lo expresado por Arsenio Oré Guardia en el VI PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA:

⁵⁶² Óp. Cit. CONEJO AGUILAR, M., Pág. 59.

ALEMANIA.-

Conforme lo establece la Ordenanza Procesal Penal de Alemania, el recurso de apelación se dirige en contra de sentencias y conduce al control tanto de la cuestión fáctica (hechos), como de la jurídica (derecho). Es importante precisar, que solo son apelables las sentencias expedidas por los tribunales municipales, cuya competencia se circunscribe al juzgamiento de hechos ilícitos de menor gravedad. Así, PARA LOS CASOS DE DELITOS GRAVES SE REGULA UN PROCEDIMIENTO DE INSTANCIA ÚNICA, y se prevé como únicos recursos, el de revisión y el de casación.⁵⁶³ En dichos casos, como destaca Schünemann⁵⁶⁴, para garantizar la doble instancia, el Tribunal Supremo Alemán ha emprendido, en las últimas décadas, grandes esfuerzos para controlar la instancia única establecida para delitos graves, en la instancia de Casación; originariamente prevista como mero control de Derecho, pero hoy vista con la posibilidad de la comprobación de los hechos realizada por la primera instancia.

EN ALEMANIA SE CUENTA CON UN PROCESO A INSTANCIA ÚNICA Y SE CUENTA CON LA CASACIÓN PARA CONTROLAR EL FALLO DEL AD-QUO.

ITALIA.-

Conforme lo normado en su Código Procesal Penal, el recurso de apelación de las sentencias supone un verdadero y propio segundo grado de juicio, potencialmente se extiende a cada cuestión de hecho o de derecho que el impugnante quiere volver a discutir, puesto que SE FACULTA AL JUEZ DE APELACIÓN (*ad-quem*) A VOLVER

⁵⁶³ORE GUARDIA, A. OPINIÓN PARA VI PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA TEMA: LA CONDENA DEL ABSUELTO (7 de septiembre del 2010), Pág. 2-3, en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2AN54JujWLQJ:www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe

⁵⁶⁴SCHÜNEMANN, B., La reforma del proceso penal, Madrid (DYKINSON), 2005, p. 94 citado por ORE GUARDIA, A. OPINIÓN PARA VI PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA TEMA: LA CONDENA DEL ABSUELTO (7 de septiembre del 2010), en:

SOBRE TODO CUANTO HA SIDO DECIDIDO POR EL JUEZ DE PRIMER GRADO. Se establece además, que, cuando el apelante es el Ministerio Público y la apelación concierne a una sentencia absolutoria, el juez puede condenar⁵⁶⁵, o declarar la nulidad de la sentencia examinada ⁵⁶⁶, según corresponda. CONTRA ESTA SENTENCIA CONDENATORIA NO SE HA PREVISTO NINGÚN RECURSO ORDINARIO, no obstante, como señala Toninni⁵⁶⁷, ES POSIBLE SU REEXAMEN EN CASACIÓN, A TRAVÉS DEL CONTROL DE LOGICIDAD DE LA MOTIVACIÓN⁵⁶⁸.

Es decir, EN ITALIA, NO HAY UN RECURSO ORDINARIO PARA APELAR LA DECISIÓN DE CONDENAR AL ABSUELTO, PERO SE CONFÍA EN QUE LA CASACIÓN COMO MEDIO QUE REVISE EL CONTROL DE LOGICIDAD DE LA DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA, más no se podrá hablar sobre los hechos que motivan la decisión.

ESPAÑA.-

Conforme dispone actualmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, solo es posible apelar en los procesos por juicios de faltas⁵⁶⁹(caso similar al alemán), en el ámbito del procedimiento abreviado y del enjuiciamiento rápido ⁵⁷⁰. No existe posibilidad de apelar en los demás procesos, donde se enjuician los delitos más graves; se mantiene para esos casos el recurso de casación. Con relación a este recurso, EL

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2AN54JujWLQJ:www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe

⁵⁶⁵ Art. 597.2.b del Código Procesal Penal Italiano.

⁵⁶⁶ Art. 604.1 del Código Procesal Penal Italiano.

⁵⁶⁷ TONINI, P., Manuale di Procedura Penale, 6.^a edizione, Milano (Giuffrè Editore), 2005, p. 813. citado por ORE GUARDIA, A. OPINIÓN PARA VI PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA TEMA: LA CONDENA DEL ABSUELTO (7 de septiembre del 2010), en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2AN54JujWLQJ:www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe

⁵⁶⁸ Óp. Cit. ORE GUARDIA, A., Pág. 3

⁵⁶⁹ Art. 976.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL HA SEÑALADO QUE PERMITE SATISFACER LA EXIGENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE UN TRIBUNAL SUPERIOR REQUERIDA POR EL ART. 14.5 DEL PACTO, INCLUSO CUANDO, ACTUANDO EN SEGUNDA INSTANCIA, REVOCA UNA SENTENCIA ABSOLUTORIA Y CONDENA POR PRIMERA VEZ AL ACUSADO ⁵⁷¹. En doctrina⁵⁷² se critica que prefiera desnaturalizarse la casación en lugar de incorporar la apelación para garantizar la doble instancia en estos procesos⁵⁷³.

De lo expuesto aquí, la legislación comparada, podemos extraer unas cuantas anotaciones de suma importancia para la elección de la mejor solución:

- Hay una notoria inclinación por países como: Chile, Argentina, Costa Rica, Alemania y España, que tienen una tendencia por preferir el proceso a instancia única. No otorgando recursos ordinarios de revisión.
- Dentro de los países ya mencionados con proceso a instancia única, se recurre a un recurso extraordinario, sea la casación o la nulidad, para asegurar la doble conforme.
- El único país que considera la opción de abrir una tercera instancia es Chile; mientras los otros países, confían en la casación para satisfacer la doble conforme y aunque en algunos se puede condenar en esta instancia extraordinaria como en Argentina o España, no se cuenta con un recurso efectivo para recurrir el segundo fallo. Hemos de hacer notar que precisamente estos dos países, han

⁵⁷⁰ Art. 790-792 y Art. 803.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

⁵⁷¹ Sentencia 41/1998 y auto 154/1992.

⁵⁷² PALOMO DEL ARCO, Andrés, “La nueva configuración del recurso de apelación”, en La reforma de la justicia penal, Valladolid (Lex Nova), 2008, p. 244. citado por ORE GUARDIA, A. OPINIÓN PARA VI PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA TEMA: LA CONDENA DEL ABSUELTO (7 de septiembre del 2010), en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2AN54JujWLQJ:www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe

⁵⁷³ Óp. Cit. ORE GUARDIA, A., Pág. 3

tenido cuestionamientos por la CorteIDH y Comité de Derechos Humanos de la ONU respectivamente.

- Hemos de tomar en consideración que ningún procedimiento procesal penal ha acogido la idea de tener tres instancias dentro de su proceso penal de modo ordinario, salvo Chile y que la ve a forma de “excepción de la excepción”.
- Con doble instancia cuentan países como Estados Unidos de Norteamérica, Colombia, México e Italia; haciendo notar que para los Estados Unidos de Norteamérica solo hay segunda instancia para el condenado, e Italia cuenta con una casación amplia que revisa el caso y los hechos; mientras, Colombia y México no han explicado el modo por el que darían por satisfecha la doble conforme.

Vistas estas experiencias de otros países y pudiendo tomarles como referencia al momento de elegir la solución al problema, abordaremos en el siguiente punto, la elección de la mejor solución aplicable para el Perú.

5.5.- ELECCIÓN DE LA MEJOR SOLUCIÓN PARA EL PERÚ – SOLUCIÓN LEGÍTIMA.

En este penúltimo punto del último capítulo corresponde hacer la elección de la solución al problema que nos ha abarcado a lo largo de la tesis. Una vez realizado el análisis de las tres opciones aplicable para el Perú, desarrollando sus pros y contras, y habiendo estudiado el proceder de otros países para asegurar la “doble conforme” a que nos obliga el PIDCP y la CADH, procedemos a elegir la solución legítima para el Perú, tal cual como se estableció en la nota preliminar de este capítulo.

He de empezar recordando que con frecuencia en nuestro país escuchamos que “algo es legal, pero no legítimo”; de hecho, para algunas personas podría significar lo mismo “legalidad” que “legitimidad”, pero lo cierto es que, para el derecho, esto no es así; cuando hablamos de lo legítimo abordamos el campo de lo justo, lo verdadero, lo genuino y sobre todo “del deber ser”; estamos hablando del respeto a los principios y a la ley fundamental; visto esto desde la perspectiva de que “no basta solo con la existencia de una normatividad jurídica que desarrolle preceptos generales, que impida, que mande o que permita...un sistema normativo no puede ser calificado de jurídico si contradice los principios de justicia”⁵⁷⁴; es por esta razón que una ley no puede ser legítima hasta que no se condiga a los principios de justicia que su sociedad enarbola. En cambio, cuando hablamos de lo legal, estamos expresando meramente lo que dicta el legislador y que puede ser sola expresión de su voluntad o su autoridad, pero no necesariamente deberá de condecirse con lo justo para la sociedad, en síntesis “es aquella norma jurídica dictada por el legislador, es decir, aquel precepto establecido por la autoridad competente, en el que se regula, se manda o se prohíbe algo, generando su incumplimiento sanciones de diferente índole para sus infractores”⁵⁷⁵; ante este hecho surge la pregunta evidente: ¿Puede algo legal no ser legítimo dentro de una sociedad?; a lo que se deberá responder “Sí”, inexorablemente.

Es necesario recordar que hay situaciones que pueden ser legales, pero por ese hecho, no necesariamente deben de ser legítimas y por tanto justas para sociedad; en el Perú tenemos ejemplos muy tangibles de ello; he de recordar que “un miércoles 7 de setiembre de 1955, el gobierno del general Manuel Apolinario Odría, dando salida a los

⁵⁷⁴ MÉNDEZ, N. & LÓPEZ, J. (2005) Validez, eficacia y legitimidad de la norma jurídica: ¿QUÉ LA HACE EXIGIBLE?, DE JURE, BARCO DE PAPEL, II ETAPA VOL. III, NUM. 2, DICIEMBRE 2005, Pág. 4

incesantes reclamos que se habían iniciado en 1910, promulgó la ley del voto femenino, con lo que cambió la historia de la mujer peruana”⁵⁷⁶, pero de esto hace apenas 59 años; es decir, antes de esta ley que reconocía el derecho a voto de la mujer(debo decir que reconocía porque sería erróneo decir que se otorgaba), era legal que una mujer no tuviese acceso al sufragio, pero jamás fue ni podrá ser legítimo ese acto de discriminación y limitación por razón de sexo al acceso de participar de la vida política de un país.

Como he evidenciado, en una sociedad se pueden encontrar normas legales, pero no legítimas; por ello, ante el riesgo de elegir una norma que sea ilegítima al momento de dar solución al problema que hemos explicado ampliamente, buscaré una reforma legislativa que no solo cale en el ámbito de lo legal sino que además, deberá ser legítima y por tanto: VALIDA, QUE RESPETE LA LEY FUNDAMENTAL Y JUSTA; atendiendo a lo que se ha contemplado por la doctrina, “lo que se ha dado a calificar como tres dimensiones-el derecho como hecho, el derecho como norma y el derecho como valor o como la filosofía hasta cierto punto analoga”⁵⁷⁷, respondiendo a tres facetas: aplicabilidad, legalidad y justicia.

En primera cuenta, se han planteado tres alternativas; CUALQUIERA DE LAS TRES PODRÍA UTILIZARSE SIN DAÑAR DERECHOS FUNDAMENTALES O TRANSGREDIR LA CONSTITUCIÓN POOLÍTICA DEL PERÚ. Con ello, hemos conseguido los dos primeros requisitos de la legitimidad de nuestras normas: 1) VALIDAS, porque son perfectamente pasibles de poner en práctica en nuestra sociedad

⁵⁷⁵ ORTIZ GASPAR, D. El divorcio entre legalidad y legitimidad de las normas legales en el Perú, LEX WEW.CL, el 19/02/2013 a las 0:00, en: <http://www.lexweb.cl/el-divorcio-entre-legalidad-y-legitimidad-de-las-normas-legales-en-el-peru>

⁵⁷⁶ LOS 54 AÑOS DEL VOTO FEMENINO EN EL PERÚ, EL COMERCIO (Lima-Perú), MARTES 08 DE SEPTIEMBRE DEL 2009 - 08:55, en: <http://elcomercio.pe/politica/gobierno/cuando-historia-mujer-cambio-pais-noticia-339184>

⁵⁷⁷ Óp. Cit. MÉNDEZ, N. & LÓPEZ, J., Pág. 2.

ya que emanan de una reforma legislativa que les hace válidas, y 2) RESPETA LA LEY FUNDAMENTAL, porque se condicen con la ley fundamental: La Constitución; esto a razón de que “no basta con que la norma exista formalmente y pueda ser exigida, sino que con el objetivo de que se cumpla las funciones para las cuales fue creado el derecho, es necesario que las normas puedan ser real o materialmente aplicables”⁵⁷⁸; cosa que solo sucede legítimamente cuando se respeta la Constitución, y por tanto la ley pueda ser puesta en práctica siempre y cuando se cumpla la finalidad para la que es creada, sin violar la voluntad del constituyente.

Nos faltaría el tercer requisito de nuestra norma legítima, el derecho como valor, que es: LO MÁS JUSTO; siendo aquello que debe primar para que una ley sea legítima ante los ojos de la sociedad que pretende normar; ello a raíz de que “la norma, ha de ser no solo forma jurídica creada y aplicada, sino que ha de expresar valores sociales y tener como objetivo le consecución del ideal de justicia imperante en la sociedad”⁵⁷⁹; con lo que nos dice que no basta con que la norma sea pasible de ser aplicada y respete la Constitución, cosa que ya hemos conseguido, sino que además, esta debe buscar la consecución de justicia imperante en la sociedad donde se le vaya a poner en práctica.

En mi búsqueda de lo que sería más justo al momento de poner en práctica alguna de las tres posibilidades que he planteado líneas arriba (aclarando, o mejor dicho, recordando que hay normas que son más justas que otras), he caído en cuenta que hay muchas perspectivas de justicia dependiendo del ámbito y tiempo en el que se desarrolle: Platón la ve como idea del bien, el cual es la armonía del mundo⁵⁸⁰, aun viéndola como una propuesta idealista; Santo Tomás insiste en que la justicia consiste en cumplir dos tipos de leyes: la positiva, que cobra su fuerza obligatoria del pacto social, y la ley natural,

⁵⁷⁸ *Ibíd.*, Pág. 3.

⁵⁷⁹ *Óp. Cit.* MÉNDEZ, N. & LÓPEZ, J., Pág. 4.

que es la que Dios da a las criaturas⁵⁸¹, con lo que sería a la postre los llamados “derechos humanos” que son derechos inmanentes al ser humano; y así, hay diferentes perspectivas de justicia de acuerdo al ámbito y tiempo en que se ha ido desarrollando; pero de modo genérico, se alega que la justicia es “una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o le pertenece”⁵⁸², concepto que se condice con la idea de Ulpiano de “iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”⁵⁸³, y la idea Aristotélica de “tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales, pero en proporción a su desigualdad”⁵⁸⁴, pero no todos estos la entienden igual y la aplican igual a pesar de que el texto es semejante; resultando así que la justicia pasar a ser vista como “la conformidad de un acto con el derecho positivo y ya no vista con un ideal supremo y abstracto de lo justo”⁵⁸⁵; siendo así que corresponde a los seres humanos la voluntad de actuar siempre conforme al derecho: *Aequum et bonum est lex legum*, o como también se entiende: “what is good and equal, is the law of laws”⁵⁸⁶. A partir de allí es que se encarga al hombre la potestad de hacer sus normas, pero basándose siempre en lo justo o lo bueno, que debería verse reflejado en norma positiva a ser obedecida. Visto esto, podemos entender que “la justicia pierde su contenido abstracto, del valor ideal y estático, transformándose en una práctica concreta, dinámica

⁵⁸⁰ PLATON (1988), DIALOGOS IV - La república, Madrid: Editorial GREDOS, Pág. 21.

⁵⁸¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, Summa Theologiae I-II, q.90, a.2. (Clasifica a la justicia como una de las cuatro virtudes cardinales, junto con la templanza, la prudencia y la fortaleza. De allí nuestra definición en el diccionario de la Real Academia Española que la da como uno de los virtudes cardinales.)

⁵⁸² Diccionario de la Real Academia Española: JUSTICIA.

⁵⁸³ La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar (conceder) a cada uno su derecho. En Institutiones Iustiniani 1, 1 pr.

⁵⁸⁴ ARISTÓTELES, POLÍTICA, LIBRO II y ÉTICA A NICOMANO, LIBRO V, citado por GOSEPATH, S. “Equality”, the Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter, 2001 edition), Edward N. Zalta (ed.), en: <http://plato.stanford.edu/archives/win2001/entries/equality/>

⁵⁸⁵ RAMÓN GAVERNET R. & MOJER. M. (1992) El Romano, la tierra, las armas. Evolución histórica de las Instituciones del Derecho Romano. La plata: Editorial Lex., Pág. 12.

⁵⁸⁶ “Lo que se estima justo y bueno es la ley de leyes”, Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States. By John Bouvier. Published 1856. En: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Aequum+et+bonum>

y firme”⁵⁸⁷; siendo que la justicia pasa a ocuparse, en sí, “del apropiado ordenamiento de las cosas y personas dentro de una sociedad”⁵⁸⁸; raíz de esto han nacido múltiples preguntas en la sociedad para saber cuándo algo es justo o no lo es: ¿Qué es justicia? ¿Qué es justo? ¿Qué demanda de los individuos y sociedades? ¿Qué es actuar con justicia?, etc.; preguntas que se han respondido de diversos modos por diversas teorías a lo largo del tiempo y desde diferentes perspectivas.

Las respuestas a las preguntas antes planteadas, se pueden responder desde diversas perspectivas: Filosóficas, políticas, jurídicas, etc.; LO QUE A NOSOTROS NOS INTERESA ES SABER LO QUE ES MÁS JUSTO EN EL ÁMBITO JURÍDICO DEL DERECHO PROCESAL PENAL, ¿Cómo saber que es más justo en el ámbito de la justicia procesal criminal?; tal pregunta solo se responde sabiendo los principios que rigen esta rama del derecho. Para ello, al no haber encontrado ninguna teoría que explique cómo debo elegir los principios para hallar justicia en tanto a un proceso penal, me he acogido a “La teoría de la justicia” de Jhon Rawls; teoría que extrapolaré del ámbito de la justicia social, para llevarla al ámbito de la justicia criminal donde creo yo que es donde mejor encaja.

Si bien es cierto que la teoría de Rawls ha sido descartada para la búsqueda de la justicia social por argumentos como los expresados por Gargarella al decir: “Resulta demasiado insensible a las dotaciones propias de cada persona, y no suficientemente sensibles a las ambiciones de cada uno”⁵⁸⁹; o lo dicho por Cohen al expresar que “según Rawls y la mayoría de los liberales, los principios de justicia se aplican a la estructura básica de la

⁵⁸⁷ Óp. Cit. RAMÓN GAVERNET R. & MOJER. M., Pág. 24

⁵⁸⁸ Ibíd., Pág. 25

⁵⁸⁹ GARGARELLA, R. (1999) Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política, Barcelona: Editorial Paidós, Pág. 72.

sociedad, y no a las elecciones que las personas realizan dentro de tal estructura”⁵⁹⁰, olvidando de este modo que es “necesaria la noción de justicia en las elecciones personales, dentro de un *ethos* justo, para que la sociedad pueda ser calificada como justa”⁵⁹¹; hemos de hacer notar que estas críticas a la teoría de Rawls nacen primordialmente de la importancia del cálculo privado de intereses que tiene cada persona, sus proyectos personales. Sus detractores hablan de que Rawls no toma en cuenta que cada persona tienen intereses distintos y valora de distinto modo lo que ha de obtener por medio de su trabajo en la sociedad; por lo cual, siempre se estará hablando de intereses particulares que no necesariamente deberán ser iguales o similares para los miembros de la sociedad; sin embargo, en cuanto al derecho procesal penal, ya no hablamos de un interés particular sino de un INTERÉS GENERAL: Todos buscamos justicia, pero en caso de ser acusados por un delito, todos desearemos que se nos brinden las garantías necesarias para preservar la libertad. Por esta razón, porque considero que en la justicia procesal penal sí se puede aplicar un criterio general, es que considero que podré extrapolar su teoría para conseguir identificar los principios rectores de justicia dentro de esta rama del derecho; extrapolación que procedo a hacer en las líneas que siguen:

Para poder hallar nuestros principios de la justicia que debe seguir la rama procesal penal, extrapolaremos el camino seguido por Rawls para hallar los principios de la justicia social y luego aplicarlos a la justicia procesal penal:

⁵⁹⁰ COHEN, G. (1996) “Si usted es igualitario, ¿cómo puede ser tan rico?” (Trad. de Martín HEVIA), Ponencia presentada en el Seminario sobre Derecho y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella el 25 de noviembre de 1996 y publicada en Revista argentina de teoría jurídica, N° 1, vol. 1.

⁵⁹¹ Ídem.

1) LA JUSTICIA COMO PRIMERA VIRTUD DE LA SOCIEDAD.-

- a) **Justicia social.-** Rawls otorga prioridad absoluta a la justicia y la entiende como la primera virtud de las instituciones sociales por sobre todas las cosas; por esa razón en su teoría no le concede un valor mayor a las instituciones por presentarse ordenadas o eficientes, él piensa que eso sería otorgar un valor utilitarista a la sociedad; expresa que “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento... de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas”⁵⁹². Lo fundamental será que las sociedades sean justas y en el caso de no serlo, deberán atenerse a ser reformadas o invalidadas. Rawls entiende que una sociedad debe dedicarse a producir justicia y sino no sirve como sociedad.
- a) **En la Justicia procesal penal.-** En cuanto al derecho procesal penal, es evidente que aquí no se trata de entender cómo hacer una mejor distribución de los bienes dentro de la sociedad; de lo que se trata el derecho procesal penal es como hacer más justo el sistema, y que cada una de las instituciones y figuras inmersas en esta rama del derecho, se avoquen a la búsqueda de la justicia. He de hacer notar que al igual que en la sociedad, donde lo más importante es generar justicia, en el derecho procesal penal es la misma búsqueda la que se tiene: El sistema procesal penal sirve para buscar y hacer justicia, y si un sistema procesal no produce justicia por alguna circunstancia, entonces deberá ser pasible de ser reformado o variado. No importa si un sistema procesal es eficiente para la consecución de

⁵⁹² RAWLS, John (1993) Teoría de la Justicia (traducción de María Dolores González), Buenos aires: Editorial Fondo del Cultura Económica, Pág. 17.

ciertos objetivos del Estado, si este no produce justicia, no es factible de llamarse legítimo.

- b) **Justicia social.-** El autor concibe una idea de sociedad definida como una asociación de personas que reconocen ciertas reglas o pautas públicas de conducta a obedecerse, de orden obligatorio que permiten relacionarse y actuar dentro de la sociedad; por ello indica que una sociedad es “una asociación más o menos autosuficiente de personas que en sus relaciones reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias y que en su mayoría actúan de acuerdo con ellas”⁵⁹³. Rawls intenta indicar que en la sociedad, el núcleo donde pretende hallar justicia se maneja por reglas que son respetadas por las personas que se encuentran dentro de ella y estas reglas tienen un carácter imperante sobre los miembros de la sociedad.
- b) **En la Justicia procesal penal.-** Así como en la sociedad encontramos una asociación de personas que reconocen ciertas reglas que los rigen en su actuar; en el derecho procesal penal es muy similar, ya que encontramos un sistema bajo el cual las personas se someten a una serie de normas obligatorias dentro del proceso.
- c) **Justicia social.-** Como nos encontramos en una sociedad que se maneja bajo ciertas reglas o pautas; bajo esos supuestos, afirma la necesidad de contar con un conjunto de principios de justicia que permitan definir el modo de elegir esas pautas o reglas, y su utilización; por lo que es necesario “ un conjunto de principios para escoger entre las diferentes disposiciones sociales que determinan esta división de ventajas y para suscribir un convenio sobre las participaciones

⁵⁹³ Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 18.

distributivas correctas”⁵⁹⁴. Rawls considera que esas pautas no se pueden dejar al azar, deben ser pautas que se condigan con la búsqueda de la justicia que pretende la sociedad.

- c) **En la Justicia procesal penal.-** Ya hemos demostrado que así como en la sociedad, en el derecho procesal penal también encontramos un grupo de personas que se rigen bajo ciertas normas, pero al igual que en la justicia social, es necesario contar con una serie de principios que nos recuerden la finalidad de tales normas. Si lo más importante para el proceso penal es la búsqueda de la justicia, entonces debemos encontrar cuales son los principios de justicia que se tiene dentro del derecho procesal penal para en base a ellos, desarrollar nuestras garantías, normas, instituciones y figuras; esos principios no se pueden dejar al azar sino que deben ser el resultado de un consenso.
- d) **Justicia social.-** El autor admite la existencia de diferencias de hecho entre las personas acerca de lo que estiman justo o injusto en la sociedad en vista de que no todos piensan igual o poseen los mismos recursos, pero este reconocimiento particular de justicia en cada persona no anula que asuman la importancia de contar con un conjunto de principios que normen las reglas de la sociedad. Rawls entiende que las personas tienen distintos modos de percibir lo que consideran justo; ello se ve influenciado por la situación particular de cada quien, pero a la vez sostiene que aun así, las personas saben que deben haber principios generales que todos deberán asumir; señalando que las personas entienden la necesidad “de disponer de un conjunto característico de principios que asignen derechos y

⁵⁹⁴ Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 18.

deberes básicos y de determinar lo que consideran la distribución correcta de las cargas y beneficios de la cooperación social”⁵⁹⁵.

- d) **En la Justicia procesal penal.-** Es evidente que en cuanto a los miembros de la sociedad, cada uno de nosotros tiene una percepción distinta de justicia que la que tendría otro ser humano; no todos pensamos igual o tenemos los mismos principios; ello está condicionado por nuestra posición en la sociedad. Del mismo modo, en el derecho procesal penal, no siempre nos encontramos de acuerdo con el modo de impartir justicia o los principios elegidos para la búsqueda de la justicia dentro del proceso; eso se verá condicionado por nuestra posición en el proceso: es distinto pensar siendo acusado que acusador y viceversa. Sin embargo, aun así, las personas reconocemos la necesidad de un conjunto de principios básicos que rijan el proceso en general y sus normas, y las aceptamos.
- e) **Justicia social.-** Rawls no cede frente a lo que cree fundamental (los principios). El hecho de establecer un criterio general de acuerdo acerca de lo justo e injusto. Se necesitan los principios para poder hallar justicia en una sociedad al momento de aplicar normas sociales; eso se evidencia al señalar que “para entender plenamente una concepción de la justicia tenemos que hacer explícita la concepción de cooperación social de la cual se deriva. Sin embargo, al hacerlo, no debemos perder de vista ni el papel especial de los principios de justicia ni el tema principal al que se aplican.”⁵⁹⁶
- e) **En la Justicia procesal penal.-** Al igual que Rawls, considero yo que la búsqueda de principios es de suma importancia; es en base a ellos que armaremos el proceso, las normas, las garantías y, sobre todo, sus fines. Son los

⁵⁹⁵ Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 19.

⁵⁹⁶ Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 23.

principios los que determinarán qué normas dictar para un proceso o conocer que garantías brindar a los procesados.

f) **Justicia social.-** Explicita que cualquier teoría ética, o mejor dicho concerniente al actuar del hombre acorde a su moral, deberá incluir principios para crear normas dentro de una sociedad. Toda norma nace de un principio y toda norma busca la justicia; aseverando “que cualquier teoría ética razonablemente completa tiene que incluir principios para este problema fundamental, y que estos principios, cualesquiera que fuesen, constituyen su doctrina de la justicia.”⁵⁹⁷

f) **En la Justicia procesal penal.-** El proceso penal es el encargado de regular el poder punitivo del estado; del mismo modo, en base al proceso, se busca regular el actuar del hombre dentro de la sociedad; sin embargo, coincidimos al decir que como cualquier teórica que pretenda juzgar el actuar de un hombre, esta deberá de contar con principios que ayuden a dictar normas que conlleven a la justicia.

2) **LA JUSTICIA VISTA COMO IMPARCIALIDAD.-**

a) **Justicia social.-** Como primera cuenta, Rawls esboza que los principios regulan los derechos, los deberes, los beneficios y los tipos de cooperación social aceptados en la estructura básica de la sociedad; por tanto, concreta su idea de que si queremos buscar justicia en base a los derechos y deberes, primero debemos hallar los principios que nos conduzcan a esta; siendo “una idea de la justicia concebida como un conjunto de principios relacionados entre sí”⁵⁹⁸.

a) **En la Justicia procesal penal.-** Al igual que en la justicia social, son los principios de justicia en el derecho procesal penal los que conllevan a regular los derechos, deberes, etc.; hemos de apegarnos a la idea de justicia como conjunto de principios relacionados entre sí.

⁵⁹⁷ Ídem.

- b) **Justicia social.-** Entonces, Rawls cae en cuenta de que todos los miembros de una sociedad tienen una posición al momento de elegir un principio por sobre otro, señala que “las diversas concepciones de la justicia son el producto de diferentes nociones de sociedad ante el trasfondo de opiniones opuestas acerca de las necesidades y oportunidades naturales de la vida humana”⁵⁹⁸; sus condiciones particulares los limita a ser imparciales para elegir. Entonces nace la pregunta: ¿Cuáles principios serían elegibles y deseables, pero desde un punto de vista imparcial, realizado por personas racionales y libres?; es por esta razón que se afirma que la justicia es ciega.
- b) **En la Justicia procesal penal.-** Pero, como ya hemos dicho, al momento de preguntarnos ¿cómo será justo juzgar a una persona en el proceso penal?, la respuesta será variada acorde al rol que cada uno de nosotros tenga en el proceso. Será siempre distinto ser acusado que acusador. Ante este hecho, es evidente que si la justicia es imparcial, los principios que elijamos deberemos hacerlos olvidando nuestra posición original; debemos olvidar si somos los acusadores o los acusados en riesgo de perder su libertad.
- c) **Justicia social.-** Rawls afirma que para ser justo, uno debe hallarse en situación de imparcialidad; ante lo cual, no pueda favorecer sus intereses propios o buscar favorecer a alguien más. Rawls llama la atención acerca de la existencia de unas “circunstancias de la justicia” que las entenderá como las condiciones normales bajo las que es posible y necesaria la cooperación humana; situaciones bajo las cuales, la sociedad, debe establecer principios que le ayuden a regularla; señalando así que “Las circunstancias de la justicia pueden describirse como las

⁵⁹⁸ Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 23.

⁵⁹⁹ Ídem.

condiciones normales en las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria.”⁶⁰⁰

- c) **En la Justicia procesal penal.-** Hay “circunstancia de la justicia” también en el proceso penal; no siempre será necesario recurrir a los principios de justicia ya que no siempre estaremos hablando de ser “acusados” o “acusadores”; habrá situaciones en las que no seremos ni uno ni otro, y por tanto, los principios no serán necesarios de ser usados. Sin embargo, al estar en una situación de ser acusados o acusador, conlleva a una circunstancia bajo la cual deberemos regirnos por los principios y recurrir a ellos.

3) **LA POSICIÓN ORIGINAL.-**

- a) **Justicia social.-** La posición original equivale a establecer un cierto procedimiento equitativo mediante el cual se elegirán unánimemente ciertos principios por los miembros de la sociedad, que independiente de quienes elijan y cuales sean los principios elegidos, serán asumidos porque se ha arribado a ellos siguiendo un determinado método. Al no saber mi lugar en la sociedad, me obliga a pensar en un mundo imparcial; propone un acuerdo celebrado en una posición original, necesaria para hablar de justicia como imparcialidad y de la cual surgirían los principios de justicia. Rawls explicita que la posición original es “es el *statu quo* inicial apropiado y que, en consecuencia, los acuerdos fundamentales logrados en ella son justos.”⁶⁰¹
- a) **En la Justicia procesal penal.-** Hallar justicia procesal penal desde la posición original significa que independientemente de mi posición, al no saber si soy acusado o acusador, deberé elegir principios de justicia que no favorezcan ni a

⁶⁰⁰ Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 126.

⁶⁰¹ Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 25.

uno ni a otra parte. Se trata de generar un *statu quo* bajo el cual, pueda elegir principios imparciales para el proceso penal.

- b) **Justicia social.-** Incorpora la figura del contrato social que antes ya había sido puesto en escena por otros autores, donde, hipotéticamente, el “estado de naturaleza” se corresponde con la posición original de igualdad en que los participantes se ubican y relacionan bajo el velo de ignorancia; señala que “en la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social... Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia. Entre los rasgos esenciales de esta situación, está el de que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad”⁶⁰². Es decir, Rawls ya no entiende al contrato social como el ingreso a un tipo de sociedad o adoptar un cierto tipo de gobierno, como lo habían establecido Hobbes, Locke, Kant y Rousseau, sino en adoptar ciertos principios elegidos en una situación inicial claramente definida; él adopta la idea de que el contrato social nos insta en el modo en que deberemos elegir principios bajo una situación inicial bajo la que se firma el contrato, una situación de plena igualdad.
- b) **En la Justicia procesal penal.-** Interpretaremos del mismo modo las circunstancias del contrato social; le entenderemos como la base sobre la cual las personas adoptan principios en una situación de clara igualdad e imparcialidad. Es decir, a través del contrato social se da legitimidad a los principios que se elijan porque estos, dado que son elegidos en imparcialidad, aun cuando favorezcan a alguien, no se podrán entender como injustos.

⁶⁰² Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 25.

- c) **Justicia social.-** La posición original se entiende primeramente como personas libres que poseen intereses y objetivos fundamentales en nombre de los cuales creen legítimo hacerse demandas mutuas en función de la confirmación de la estructura básica de la sociedad. En función de esta necesidad de convivir en sociedad, las personas acogen una situación original que no les nuble a la hora de elegir principios estos principios que les ayuden a vivir en sociedad; Rawls indica que “la posición original determina un conjunto de principios, entonces será verdad que, siempre que una institución social satisfaga estos principios, aquellos comprometidos en ella pueden mutuamente decirse que están cooperando en condiciones que consentirían si fuesen personas libres e iguales cuyas relaciones entre sí fuesen equitativas.”⁶⁰³
- d) **En la Justicia procesal penal.-** En base a este contrato social, elegiremos principios de justicia en base a una condición de igualdad para el proceso penal; estos principios serán exigibles por todos y en todo momento; por tanto se podrá demandar su puesta en práctica en cualquier momento y bajo cualquier circunstancia que aqueje a una persona por ser principios hallados en cooperación a raíz de una idea de igualdad.

4) EL VELO DE LA IGNORANCIA.-

- a) **Justicia social.-** Los sujetos en esta “posición original” participan de una situación ficticia bajo la cual no conocen su posición dentro de la sociedad, menciona que se encuentran cubiertos por un “velo de ignorancia” acerca de las características de los que participan en ella. Con esta fórmula Rawls quiere asegurar que los principios de justicia se escogerán en la más plena ignorancia, para asegurar a nadie otorgue posiciones de ventajas o desventajas al producto de

⁶⁰³ Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 26.

la fortuna natural o por las circunstancias sociales en que han vivido los sujetos. Con el velo de la ignorancia, Rawls asegura que las personas no se vean condicionadas por sus situaciones particulares; señala que “hemos de imaginar una situación en la que todos estén desprovistos de esta clase de información. Se excluye el conocimiento de aquellas contingencias que enfrentan a los hombres y les permiten dejarse guiar por prejuicios. De esta manera se llega al velo de la ignorancia de un modo natural.”⁶⁰⁴

- b) **En la Justicia procesal penal.-** Para hallar los principios de justicia en el proceso penal, será necesario ponernos en la “posición original”, pero tal situación es difícil porque nos marcan nuestro lugar en la situación actual; ante este hecho es necesario excluir todo conocimiento de nuestra condición particular; el velo de la ignorancia asegura ello, que no nos veamos eligiendo uno u otro principio acorde a los que nos convenga por las características particulares que contengamos al elegir.

5) **LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA.-**

- a) **Justicia social.-** Los principios deberán ser generales; no deben contar con nombre propio a quien aplicarse. No obedecerán a un interés particular; señala que los principios deberían ser generales. Señala que los principios deber “ser posible formularlos sin el uso de palabras que intuitivamente podrían ser reconocidas como nombres propios o descripciones definidas.”⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ Ibíd. Pág. 31.

⁶⁰⁵ Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 130.

- b) **En la Justicia procesal penal.-** El proceso penal y sus principios son y deberán ser siempre generales; no aplicar para personas en particular o su situación de acusador o acusado.
- c) **Justicia social.-** Deben ser universales en su aplicación o valer para todas las personas por igual en su condición de miembros de la sociedad; Rawls indica que los principios han de ser universales en su aplicación. Tienen que valer para todos”⁶⁰⁶.
- d) **En la Justicia procesal penal.-** Los principios a elegir, deberán ser universales para todas las personas procesadas en el sistema procesal penal.
- e) **Justicia social.-** Una tercera condición es el carácter público, en el sentido de que “las partes suponen que están escogiendo principios para una concepción pública de la justicia”.⁶⁰⁷
- f) **En la Justicia procesal penal.-** Es de suponer que al elegir estos principios, en el proceso penal también tendrán carácter público para asumir la concepción de justicia en el proceso penal.
- g) **Justicia social.-** La concepción de lo justo debe imponer una ordenación de los intereses privados dentro de la sociedad; esta característica “surge directamente del papel que desempeñarían sus principios para concertar las demandas competitivas.”⁶⁰⁸
- h) **En la Justicia procesal penal.-** Los principios deberán surgir para normar la ordenación de intereses en el interior del sistema procesal penal; en base a estos, que serán las normas de la normas, se dictarán las normas y establecerán las garantías más acordes.

⁶⁰⁶ Ibíd. Pág. 131.

⁶⁰⁷ Óp. Cit. RAWLS, John, Pág. 132.

⁶⁰⁸ Ibíd. Pág. 133.

- i) **Justicia social.-** La definitividad de su carácter. Una vez elegidos, no se podrán cambiar y las partes “han de considerar al sistema de principios como tribunal supremo de apelación en materia de razonamiento práctico”⁶⁰⁹.
- j) **Justicia procesal penal.-** Somos conscientes de que una vez elegidos los principios, estos no se podrán cambiar porque fueron otorgados en una situación imparcial de igualdad.

6) **TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL APLICADA LA TEORÍA DE LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD.-**

- a) **Justicia social.-** La necesidad de justificar la elección de una concepción de principios de justicia por sobre otra, ya que hemos acordado que cada miembro de la sociedad tiene una percepción de justicia distinta, está justificada con la teoría de la elección racional, ya que parece razonable aceptar que puesto bajo el “velo de la ignorancia”⁶¹⁰, la racionalidad aflore y nos haga elegir lo que más nos convenga sin saber la situación actual. Lo que significa que aquel individuo que posee sus preferencias, es capaz de jerarquizar los principios a seguir por toda la sociedad en función de aquellas que mejor le permiten conseguir sus propósitos personales, pero deberá hacerlo sin saber cuáles serán sus beneficios o desventajas iniciales.
- b) **En la Justicia procesal penal.-** Hemos de señalar que las personas puestas en un posición de igualdad y cubiertas por el velo de la ignorancia, afloraran su racionalidad y por tanto, apelarán a ella para elegir lo mejor para ellas mismas; dada su situación de igualdad y desconocimiento, elegirán los principios más acorde para el proceso penal desconociendo si podrían perder o no su libertad.

⁶⁰⁹ Ídem.

⁶¹⁰ VIDAL MOLINA, P. (2009) La teoría de la justicia social en Rawls. ¿Suficiente para enfrentar las consecuencias del capitalismo? Revista de la Universidad Bolivariana, Volumen 8, N° 23, Pág. 232.

7) LOS PRINCIPIOS QUE DEBERÍAN DE SER ELEGIDOS.-

- a) **Justicia social.-** Según Rawls, indica que el primer principio elegido sería “Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”⁶¹¹; el primer principio a elegir exigiría la igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos. Principios de libertad por sobre todas las cosas; todo tipo de libertades básicas que deberán ser respetadas.
- b) **En la Justicia procesal penal.-** Al igual que en la justicia social, el primer principio a ser preservado debe ser la libertad, por tanto, se deberá asegurar la libertad de las personas por sobre todas las cosas.
- c) **Justicia social.-** El segundo principio, desarrolla que “las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez... se espere razonablemente que sean ventajosas para todos”⁶¹²; este segundo principio mantiene las desigualdades sociales y económicas siempre, pero sólo cuando éstas producen beneficios para la consecución del primer principio. Las personas en la posición original optarían, una vez garantizadas las libertades básicas y la justa igualdad de oportunidades, por una distribución desigual en post de favorecer la consecución de la libertad.
- d) **En la Justicia procesal penal.-** El segundo principio es acogido de igual modo por el derecho penal; debe haber libertad por sobre todo, pero en ciertas ocasiones se deberá preferir que se prive de libertad a alguien en post de la

⁶¹¹ Óp. Cit. RAWLS, John . Pág. 67.

⁶¹² Óp. Cit. RAWLS, J. Pág. 68.

búsqueda de la libertad colectiva o mejoría colectiva. Es claro que esto se tomará sólo como la excepción.

- e) **Justicia social.-** Manifiesta un “orden serial” o en la “prioridad lexicográfica” de un principio por sobre el otro; señala que “éste es un orden que nos exige satisfacer el primer principio de la serie antes de que podamos pasar al segundo, el segundo antes de que consideremos el tercero y así sucesivamente”⁶¹³, es decir, el primer principio posee prioridad sobre el segundo; el segundo solo se utiliza de modo supletorio a fin de conseguir el primero.
- f) **En la Justicia procesal penal.-** En cuanto al orden serial, la justicia procesal penal acoge la misma idea; solo se deberá usar el segundo en post de defender el primero, es decir: elegiré quitar libertad a alguien, pero solo si es que esto asegura la libertad de la colectividad y una mejora para todos. Solo usaré la restricción de la libertad es caso no pueda otorgar la libertad como primera salida.
- g) **Justicia social.-** Por ese orden ante acotado, la libertad es casi absoluta puesto que abre la opción de negar o restringir la libertad, pero siempre y cuando con esa acción se logre cambiar las condiciones de la civilización y se llegue a la libertad de igual modo, de manera que permite en un tiempo determinado gozar nuevamente de tales libertades.
- h) **En la Justicia procesal penal.-** Por ese orden, la libertad es casi absoluta y solo será restringida en caso de que sea así mejor para la libertad colectiva.

⁶¹³ Ibíd. Pág. 52.

8) EL MAXIMIN COMO CAMINO A SEGUIR.-

- a) **Justicia social.-** El principio denominado “libertad equitativa” es el “máximo natural” del primer principio, el que busca la igualdad, y el principio llamado de “diferencia” es el “máximo natural” del segundo principio, considerado de la diferencia o desigualdad social, por lo que Rawls asumirá que estos dos principios son la solución óptima elegida por las personas en la posición original.
- b) **En la Justicia procesal penal.-** Como ya expresamos, los principios de justicia procesal penal deberán ser libertad y solo la privación de ella en post de obtener un mejor grado de libertad.
- c) **Justicia social.-** Concibe que la elección de ellos es lo más racional porque son una especie de solución máxima porque siempre los peores resultados serán superiores a el peor resultado de cualquier otra opción. A esto se le denomina MAXMIN⁶¹⁴.
- d) **En la Justicia procesal penal.-** Se elige la libertad por sobre todo porque puestos en una situación de igualdad y desconocimiento, lo más racional es conversar la libertad ante el riesgo de ser condenado injustamente.
- e) **Justicia social.-** Rawls rechaza la estrategia MAXIMAX por presentarse altamente arriesgada ya que las posibilidades de perder son grandes y al elegir principios definitivos, sólo tendré una opción para determinarlos, lo cual marcará mi futuro. Está opción sólo debería usarse ante una gran cantidad de elecciones sucesivas⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Óp. Cit. VIDAL MOLINA, P. Pág. 234

⁶¹⁵ Ídem.

- f) **En la Justicia procesal penal.-** Se rechaza la estrategia también planteada como la de máximo riesgo que podría ser: condenar como regla y dar libertad como excepción porque de hacerlo, sería muy riesgoso para los miembros de la sociedad, incluidos los que eligen los principios.
- g) **Justicia social.-** También rechaza la estrategia del MAXIUTIL, es decir la ponderación de la mejor posibilidad con la peor, porque en la posición original, el conocimiento de probabilidades es imposible o inseguro y además, la media es solo un valor ficticio entre el mejor y el peor resultado, no reflejando la verdadera valoración⁶¹⁶.
- h) **En la Justicia procesal penal.-** El promedio de ambas también se rechaza en la justicia procesal penal porque esta es el resultado de un promedio, por tanto, para que sea efectiva, deberá como necesidad, llevar a cabo muchos procesos penales en los cuales se me dé la posibilidad acceder al promedio.
- i) **Justicia social.-** La regla MAXIMIN permite ordenar las opciones por los peores resultados posibles que ofrecen y se aceptará aquella cuyo peor resultado sea superior a los peores resultados de las otras porque al no conocer mi situación original, no me arriesgaré a perderlo todo en una elección. Por eso elegiré el principio de la libertad por sobre todo, porque ante el riesgo de perder la libertad de elección en la sociedad, no elegiré una opción que tenga ese máximo riesgo; las partes eligen principios para el diseño de una sociedad como si los lugares que fueran a ocupar en ella fueran determinados por sus peores enemigos, por ello “a menos que exista una distribución que mejore a las personas, se preferirá una distribución igual.”⁶¹⁷

⁶¹⁶ Óp. Cit. VIDAL MOLINA, P. Pág. 234.

⁶¹⁷ Óp. Cit. RAWLS, John. Pág. 81.

- j) **En la Justicia procesal penal.-** Al igual que en la justicia social, la justicia procesal penal acoge los principios de la libertad como norma porque ante el riesgo de perder esta, lo más apropiado será tratar de preservarle por todos los medios posibles. Ante este hecho, siempre elegiré principios para la justicia procesal penal como si los fuera a elegir para mi propio caso en particular.

Por tanto a la extrapolación realizada, llegamos a la conclusión de que los principios de la justicia procesal penal, concebidos según el modo de hallar justicia en la sociedad, son: 1) La libertad por sobre todas las cosas y 2) La privación de la libertad como excepción ante la necesidad de obtener libertad para la colectividad. Es evidente que esto se condice con la idea de que el derecho procesal penal “sirve para que se puedan tutelar los derechos que tienen los ciudadanos”⁶¹⁸(No solo son ciudadanos los agraviados sino también los acusados); por tanto, es una rama del derecho que busca defender la libertad de las personas integrantes de la sociedad; el claro ejemplo de ello son las garantías: “*non reformatio in peius*”, “*ne bis in ídem*”, “*nulla poena sine lege*”, etc.; todas ellas, garantías que tienen que ver con la defensa de la libertad del imputado. Del mismo modo, reforzamos la idea de que este es un derecho autónomo y no supeditado al Derecho Penal⁶¹⁹; por ello, no cuenta con los mismos principios que este; el Derecho Penal se encargará de desarrollar el IUS PUNENDI del Estado⁶²⁰ y el Derecho Procesal Penal será también entendido como el Derecho Constitucional Aplicado⁶²¹; derecho constitucional que van en post de la defensa de los derechos del imputado y la búsqueda de su libertad; limitando el poder punitivo del Estado.

⁶¹⁸ SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003) DERECHO PROCESAL PENAL – Tomo I, Editorial jurídica GRIJLEY, Lima, Pág. 4.

⁶¹⁹ Ibíd. Pág. 5.

⁶²⁰ Ibíd. Pág. 8.

⁶²¹ Óp. Cit. SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003) Pág. 14.

En cuanto a la pregunta planteada antes de la extrapolación realizada: ¿Qué es lo más justo en el ámbito jurídico del derecho procesal penal?, una vez concebidos los principios rectores de nuestro sistema procesal penal, podremos decir que lo más justo será siempre preservar la libertad ante el riesgo de perder esta. Por esto dicho es que afirmo que al ser los principios, los rectores de la formación de garantías, normas e instituciones, cuando deba formar un sistema de recursos (que es una garantía para el imputado), por ejemplo para el caso de la apelación, siempre deberé buscar preservar la libertad por ser la regla general; con lo que, al determinar quienes podrán acceder a ello, deberán hacerlo sólo quienes entren a defender la libertad, en este caso: EL ACUSADO O EL ACUSADOR, pero sólo para defender los intereses del acusado.

No otorgaré el recurso de apelación al acusador porque el hecho de que una persona pierda la libertad es sólo la excepción y esa excepción ya se vio representada cuando el fiscal pudo acusar en primera instancia y lograr la condena en esta; otorgar una segunda oportunidad de condenar sería “la excepción de la excepción”, cosa que no hemos contemplado como justa por no ser una garantía, el derecho de apelar el fallo, para el fiscal sino para el acusado. De este modo, al recordar que el derecho a impugnar el fallo es una garantía, y que las garantías son en favor del imputado, tal como lo destacó la Corte IDH⁶²²; arribamos a la conclusión, siguiendo los principios rectores hallados del Derecho Procesal Penal, de que la impugnación es una garantía del imputado y sólo de él; tal como lo reafirmo Luis del Valle Moreno⁶²³.

Ante lo señalado, determino que la solución que más se avoca a preservar la libertad de las personas es la tercera: “Deshabilitación normativa de la facultad de apelar el fallo

⁶²² Cfr. Vid. Supra. Pág. 90.

⁶²³ DEL VALLE MORENO, L. (2010). En: CONGRESO NACIONAL SOBRE LA IMPUGNACIÓN EN EL PROCESO PENAL CELEBRADO EN LA PLATA. La plata, en: <http://institutoprosalapenal.blogspot.com/2010/10/congreso-nacional-sobre-impugnacion-en.html>

absolutorio por parte del fiscal, querellante o parte civil; dejando al acusador como única opción, conseguir la condena en primera instancia”. Con lo cual, llegamos a la conclusión que está es la solución legítima por ser MÁS JUSTA para los miembros de la sociedad, VALIDA Y RESPETA LA CONSTITUCIÓN. Sin embargo, he de recordar que esta solución es la que otorga MÁS JUSTICIA desde mi razonamiento a través de “la teoría de la justicia”, PERO DEBO DECIR QUE EL LEGISLADOR ES LIBRE DE ELEGIR CUALQUIERA DE LAS TRES SOLUCIONES YA PLANTEADAS CON ANTERIORIDAD PORQUE LAS TRES CUMPLEN LOS REQUISITOS DE UNA NORMA LEGÍTIMA; sólo se diferencia la elegida por mi persona porque, según mi estudio, esta otorga más justicia que las otras dos.

Hago evidente que podría entenderse una contradicción en mi tesis ya que he determinado que “la condena del absuelto” es constitucional y en mi solución planteo el retiro de esta figura; sin embargo, he de señalar que mi defensa de la figura sigue en pie ya que SÍ ES CONSTITUCIONAL; pero al recordar que no es un derecho fundamental la apelación del fiscal, hago el retiro de esta figura a razón de que sólo es un modelo elegido por el legislador y así cómo lo introdujo, lo puede retirar⁶²⁴. EN TODO CASO, SI EL LEGISLADOR NO DECIDIERA POR LA PROSCRIPCIÓN DE LA APELACIÓN PARA EL FISCAL, YO HABRÍA CUMPLIDO CON EVIDENCIAR QUE LA FIGURA SIGUE SIENDO CONSTITUCIONAL, pero nunca se le podrá entender como el desarrollo de un derecho constitucional porque la apelación del fiscal no es un derecho constitucional bajo ninguna perspectiva.

No obstante a lo acotado, es saludable recordar que los modelos a instancia única están muy de moda en Latinoamérica⁶²⁵; sin embargo los países que han adoptado este

⁶²⁴ Cfr. Vid. Supra. Pág. 184.

⁶²⁵ Cfr. Vid. Supra. Págs. 221-222.

modelo, no han explicado de modo coherente cómo es que defienden el derecho a la “doble conforme”⁶²⁶; salvo Chile que ha convertido al recurso de nulidad en uno de amplia revisión⁶²⁷. En el Perú, podríamos adoptar un modelo a instancia única; sin embargo, recogiendo experiencias del pasado, como la de Víctor Apaza Quispe⁶²⁸, es mucho más saludable que el acusado siempre tenga la opción de apelar el fallo que le condena ante posibles errores judiciales o abusos del derecho.

En el siguiente punto se justificará la aplicación de esta solución aún frente a las dificultades que plantea esta.

5.6.- JUSTIFICACIÓN DE LA SOLUCIÓN ELEGIDA.

Hemos de recordar que al momento de plantear la solución elegida, se dejó ver que esta posibilidad tenía algunos puntos en contra para ser puesta en práctica en nuestro Sistema Procesal Penal⁶²⁹; puntos en contra que trataremos de superar o justificar en las líneas que siguen para poder hacer el uso legítimo de la figura:

Desarrollaremos uno por uno cada punto que fue expresado como “contra” de “la deshabilitación normativa de la facultad de apelar el fallo absolutorio por parte del acusador”; de este modo, podremos justificar el uso de la figura o superar el problema planteado de ser el caso:

- a) Al contar el fiscal con solo una oportunidad para lograr la condena del procesado, es evidente que podrían ocurrir casos en los cuales se deje sin pena a personas que sí han cometido delitos:

⁶²⁶ Cfr. Vid. Supra. Pág. 222.

⁶²⁷ Cfr. Vid. Supra. Págs.197-199.

⁶²⁸ TVUNSA (2012), VÍCTOR APAZA - santo popular de Arequipa {VIDEO}, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=0uAM5ZWSnF4>

⁶²⁹ Cfr. Vid. Supra. Pág. 188.

Como hemos expresado en el punto anterior de este capítulo, siguiendo “la teoría de la justicia” de Rawls y habiendo conseguido encontrar los principios que deben regir el proceso penal, caímos en cuenta de que otorgar la posibilidad de apelación, por parte del fiscal o querellante, a la condena absolutoria, era no seguir los principios que habíamos hallado; esto a razón de que el hecho de que una persona pierda la libertad es sólo la excepción, vista está como una materialización del segundo principio; y esta excepción ya se vio desarrollada cuando el fiscal pudo acusar en primera instancia y lograr la condena en esta; es decir que, si seguimos la idea de que el proceso penal defiende, como primera cuenta, la libertad de la persona, sería erróneo desarrollar la posibilidad de apelación por parte del fiscal. Otorgar una segunda oportunidad de condenar sería “la excepción de la excepción” y eso no lo tenemos contemplado como opción dentro de nuestro orden de principios a seguir.

Lo realmente esencial para el proceso es que, al momento de desarrollar las figuras que están inmersas en él, debemos dar prioridad a los principios; y si hacemos ello, caemos en cuenta que lo verdaderamente justo en el recurso de apelación es no otorgar al fiscal la segunda oportunidad de perseguir la condena del acusado.

He de señalar dos puntos como aclaración adicional:

- 1) Que, solamente se quitará al fiscal la posibilidad de apelar la sentencia condenatoria y las resoluciones que otorguen libertad al acusado; más, todas las otras posibilidades de impugnación quedan abiertas para hacer usadas por el Ministerio Público en su búsqueda de la condena del acusado.
- 2) Si se cometiera algún error grave en el proceso que dejará en libertad al acusado, por ejemplo: Inobservancia de garantías constitucionales, Inobservancia de normas legales, Interpretación errónea de la ley, Falta de motivación por parte del juez de primera

instancia, Si la sentencia se ha apartado de la doctrina jurisprudencial, etc. (Todas ellas causales de casación)⁶³⁰, el fiscal tiene abierta la vía de casación para hacer notar ese error y conseguir que de este modo, se anule el juicio o se dicte condena; HACIENDO LA SALVEDAD DE QUE NO PODRÁ ABORDAR TEMAS DE HECHO DENTRO DE ESTA INSTANCIA EXTRAORDINARIA y si se consigue la condena, deberá basarse en temas derecho, pero sin modificar los hechos establecidos en la primera instancia. ESE ES UN MODO EFICAZ DE PRESERVAR QUE LAS PERSONAS QUE SÍ HAYAN COMETIDO UN DELITO, NO QUEDEN LIBRES POR ALGÚN ERROR EN EL JUZGADOR.

Tomando en cuenta lo antes expresado como argumento-fuerza, sostengo que con esta figura, NO PODRÍAN OCURRIR CASOS EN LOS CUALES SE DEJE SIN PENA A PERSONAS QUE SÍ HAN COMETIDO DELITOS; esto porque:

- 1) El fiscal cuenta con la primera instancia para conseguir la condena, dentro de ella todos los recursos que estén a su alcance para defender esta opción.
- 2) En caso no conseguirlo por violación a algunas de las causales antes anotadas, podrá recurrir a alguna de estas por la vía de la casación para hacer notar que hubo alguna violación de garantías constitucionales en el proceso o error de interpretación de derecho; con lo cual, no se limita al fiscal en ese aspecto. LLEGANDO A LA CONCLUSIÓN QUE DAMOS POR SUPERADO ESTE PROBLEMA Y NO

⁶³⁰ **Artículo 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.

REPRESENTARÍA UNA DIFICULTAD PARA EL FISCAL, LA AUSENCIA DE PODER RECURRIR EL FALLO QUE ABSUELVA AL ACUSADO.

Como segunda dificultad para aplicar la solución acordada, encontramos:

- b) Se podría interpretar que existe un desprotección en agravio de la víctima ya que, se estaría poniendo en riesgo la opción de apelar el fallo absolutorio de su agresor.

Finalmente, la segunda objeción al uso de la figura elegida es: La posible desprotección de la víctima ante la imposibilidad de apelar la absolución en primera instancia de su posible agresor; hemos decir que según Vargas Ysla, la condena del absuelto persigue “tutelar el derecho de los agraviados a obtener un solución justa y rápida sobre sus conflictos”⁶³¹; derecho que, él alega, encuentra sustento constitucional al estar contenido en el derecho a la tutela judicial efectiva; por lo que “la norma busca optimizar tutela judicial efectiva, (a efectos de tutelar los derechos de la víctimas, agraviados o perjudicados por el delito), frente a la doble instancia que gozan todos los imputados”⁶³²; acogeremos esta idea para desarrollar dos frentes de esta posible afectación: b.1) El derecho de la víctima a encontrar una solución rápida y b.2) El derecho a la víctima encontrar una solución justa; esto materializado en el derecho que tendría este para recurrir el fallo a través del fiscal. Puntos que procedemos a desarrollar:

b.1) El derecho de la víctima a encontrar una solución rápida.- Desde mi punto de vista, este es un derecho válido, pero que no se ve materializado en la opción de recurrir el fallo por parte del fiscal; es más, se si habla de celeridad, en un proceso donde sólo puede apelar el condenado, la celeridad está mucho más acorde a esa idea.

⁶³¹ Óp. Cit. VARGAS YSLA, R., Pág. 291.

⁶³² Ídem.

b.2) El derecho a la víctima encontrar una solución justa; esto materializado en el derecho que tendría este para recurrir el fallo a través del fiscal. Como primera medida, he de señalar que el hecho de apelar el fallo absolutorio no asegura justicia; esto a razón de que el agraviado podría hallar justicia en la primera instancia sin necesidad de recurrir a una segunda o podría incluso, toparse con una injusticia en la segunda instancia.

Sin embargo, desarrollaré este segundo punto, apartándome de la idea Varga Ysla, desde la perspectiva del derecho que tiene el agraviado a recurrir el fallo absolutorio; como es evidente, este derecho busca ser amparado en el derecho a la pluralidad de instancias que se encuentra en la constitución, derecho que también podría tener la víctima y por tanto, procedemos a analizar:

Como es evidente, aquí encontramos la colisión en el desarrollo de dos derechos fundamentales. Por un lado, el derecho del agraviado a recurrir el fallo absolutorio de su agresor, esto como materialización del derecho a la pluralidad de instancias y por otro lado, el derecho a que el fiscal no pueda apelar el fallo absolutorio para perseguir que el acusado sea condenado, esto materializado como su derecho a la libertad personal. La colisión de derechos fundamentales no es algo que suceda día con día, pero sí pasible de suceder; hemos de recordar que “son bien pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como fundamentales, y que no impongan, por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección”⁶³³. No es anormal que dos derechos fundamentales se encuentren trastocados el uno por el otro, suele pasar.

⁶³³ BOBBIO, N. citado por BAQUERIZO MINUCHE, J. (2009) Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación, Revista Jurídica de Derecho Público Tomo I, Universidad Católica de Guayaquil – Ecuador, Pág.21.
En: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=549&Itemid=1
16

El dilema se encuentra en que estos derechos constitucionales pertenecen “al mismo cuerpo constitucional, y por tanto teniendo la misma jerarquía, temporalidad y especialidad, no pueden ser resueltos mediante los clásicos criterios de solución de antinomias normativas.”⁶³⁴; es decir que no podremos usar los criterios “*lex superior*”, “*lex posterior*” o “*lex specialis*”, criterios comunes para elegir una norma sobre otra entre leyes, pero que es inservible para ponderar un derecho fundamental sobre otro⁶³⁵; por esta razón es que “ni es posible determinar exhaustivamente los supuestos de colisión, ni tampoco establecer criterios firmes para otorgar el triunfo a una u otra”⁶³⁶; nos encontramos ante una situación en la que no podremos preferir a uno sobre otro de manera general y deberemos revisar caso a caso, cuándo es que un derecho se sobrepone sobre otro.

Es a razón de lo comentado en el párrafo anterior que la colisión de dos o más derechos fundamentales, “resulta la materia propia de la ponderación, y ello por la sustancial consideración de que un conflicto de esta naturaleza no se condice del clásico triunfo permanente de una norma sobre la otra (como ocurre en la aplicación de los criterios tradicionales) sino que exige la victoria circunstancial de uno de los principios”⁶³⁷; visto ello, no debemos olvidar que “la ponderación es una parte de lo que exige un principio más amplio; este principio comprehensivo es el de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización”⁶³⁸. Hemos de señalar que el

⁶³⁴ Ibíd. BAQUERIZO MINUCHE, J., Pág. 22.

⁶³⁵ Óp. Cit. VARGAS YSLA, R., Pág. 290.

⁶³⁶ PRIETO SANCHÍS, L. (2005) Apuntes de teoría del Derecho, Primera Edición. Madrid: Editorial Trotta, Pág. 144.

⁶³⁷ Ibíd. BAQUERIZO MINUCHE, J., Pág. 29.

⁶³⁸ ALEXY, R. (1997) Teoría de los derechos fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Pág. 8.

Tribunal se acoge al modelo antes descrito para hacer el test de ponderación⁶³⁹, a razón de que “hoy en día la proporcionalidad se formula como una necesaria consecuencia de entender los derechos fundamentales como principios”⁶⁴⁰, es por ello que el legislador “puede restringir o suspender derechos fundamentales. La justificación de esta afirmación es que ello es posible debido a que los derechos fundamentales, primero, tienen la calidad de principios, por lo que —segundo— no solo tienen reconocido un peso específico, sino que además —tercero— son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en grados e intensidades distintas”⁶⁴¹; es así que, el Tribunal Constitucional, cuando encuentra la colisión de dos principios fundamentales, recurre al test de ponderación, tal cual lo hizo en el caso del Hábeas Corpus Magaly Medina⁶⁴²; hecho similar al que haremos nosotros para ponderar el derecho del agraviado a recurrir el fallo absolutorio de su agresor (pluralidad de instancias) con el derecho a que el fiscal no pueda apelar el fallo absolutorio para perseguir que el acusado sea condenado (derecho a la libertad); ponderación que procedemos a realizar a continuación:

Como hemos dicho, el Tribunal se apega al juicio de proporcionalidad a través del uso de tres juicios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *sensu stricto*⁶⁴³; por esta razón es que asumimos que el único “modo que una restricción o sacrificio de un derecho fundamental será constitucionalmente permitido es si la medida que establece la restricción o sacrificio es una medida idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto”⁶⁴⁴; idea que compartimos y que procedemos a desarrollar para justificar:

⁶³⁹ CASTILLO CORDOBA, L. (2008) Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pág. 26.

⁶⁴⁰ *Ibid.* Pág. 27

⁶⁴¹ *Op. Cit.* CASTILLO CORDOBA, L., Pág. 31.

⁶⁴² EXP. N.º 6712-2005-HC/TC, §4. La ponderación entre la información y la vida privada, (Punto 40-51).

⁶⁴³ *Op. Cit.* CASTILLO CORDOBA, L., Pág. 38.

⁶⁴⁴ *Ídem.*

1) El juicio de idoneidad.-

Hemos de tomar en cuenta que “este juicio tiene una doble exigencia: requiere que la medida o acto restrictivo de un derecho fundamental tenga un fin; y exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin”⁶⁴⁵; en voz del Tribunal Constitucional esto se entiende como el requisito de que “toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine”⁶⁴⁶.

PRIMERO.- Por tanto, debo señalar que el acto de limitar el derecho de la víctima de poder apelar el fallo absolutorio de su posible agresor (derecho a recurrir el fallo), se debe a la preservación un derecho superior que es el derecho a la libertad del acusado después de haber sido absuelto por el juez de primera instancia; esto a razón de que se ha corroborado que este es un principio rector del Proceso Penal y a la vez, un derecho que emana de la Constitución; por tanto, si bien es cierto que puedo limitar el derecho a la libertad (porque no es un derecho absoluto) bajo alguna circunstancia, si entiendo que el fin del proceso penal es la libertad como fin primero y ya di una opción a la acusación para conseguir la condena, no podré dar la opción de apelación al acusador o víctima para poder volver a poner en riesgo la libertad del acusado.

SEGUNDO.- La medida que se está tomando: Imposibilidad de apelación por parte del acusador a la absolución del juez de primera instancia; es la única medida idónea para asegurar el principio de la libertad con la que cuenta el acusado por ser el principio rector del Derecho Procesal Penal; si ya otorgue una opción al acusador para conseguir la condena del acusado, no podré darle una segunda opción y el modo de asegurar eso es

⁶⁴⁵ Óp. Cit. CASTILLO CORDOBA, L., Pág. 38.

con dos garantías: El “*nen bis in ídem*”, que ya lo reconocemos, y la garantía de no poder apelar el fallo absolutorio por parte de mi acusador, que yo propongo.

2) El juicio de necesidad.-

Pues bien, “Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad, no por ello es una medida proporcionada, sino que ha de superar —como siguiente paso— el juicio de necesidad”⁶⁴⁷; con este segundo juicio, lo que “se examina si una medida que restringe un derecho fundamental es la menos restrictiva de entre otras medidas igualmente eficaces para alcanzar la finalidad constitucionalmente permitida y perseguida”⁶⁴⁸. Esto, en entendimiento del Tribunal Constitucional, significa que “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado”⁶⁴⁹.

En vista de que lo que pretendemos defender es un garantía del acusado para que su acusador no tenga dos opciones de buscar su condena en el mismo proceso a través de la apelación; la medida ejercida es la más idónea porque es la única que nos asegura que el acusador no tendrá otra oportunidad dentro del proceso (garantía de que me mi acusador no tenga doble opción de buscar mi condena en el mismo proceso), ni fuera del proceso (garantía del *ne bin in ídem*). NO EXISTE OTRO MODO DE ASEGURAR ESTE DERECHO DEL ACUSADO.

⁶⁴⁶ Exp. N. 0050–2004–AI/TC, F. J. 109.

⁶⁴⁷ Óp. Cit. CASTILLO CORDOBA, L., Pág. 39.

⁶⁴⁸ Ídem.

⁶⁴⁹ Exp. N. 0050–2004–AI/TC, F. J. 109.

3) El juicio de proporcionalidad *strictu sensu*.-

Esta tercera parte del juicio de proporcionalidad es “el juicio de proporcionalidad” *strictu sensu*, que se divide en dos partes:

3.1) La ley de la ponderación.- Es a través de esta ley de ponderación que buscamos que “la medida que restringe un derecho fundamental se encuentre en una relación adecuada con el peso y la significación del derecho fundamental”⁶⁵⁰; ello en directa relación a la idea de Alexy de que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁶⁵¹.

Pues teniendo en cuenta ello, si bien es cierto que no otorgar el derecho a recurrir el fallo al acusado es una afectación a un derecho fundamental, su contraparte, la preservación del derecho del acusado a no estar dos veces frente al riesgo de una sentencia condenatoria en el mismo proceso, merece igual cobertura que el otro derecho, e inclusive una mayor porque hablamos del fin del Estado propiamente dicho que es la persona y su dignidad. El derecho que se ve resguardado es igualmente proporcional o más valioso que el derecho trastocado.

3.2) Vinculación a la teoría de los derechos fundamentales como principios.- Para demostrar la vinculación entre el juicio de proporcionalidad en su sentido estricto y con la teoría de los derechos fundamentales como principios; hemos de tomar en cuenta que “que P1 es un derecho fundamental que entra en contraposición con P2 (otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional), que M1 es una medida adoptada con la finalidad F consistente en el favorecimiento de P1, pero que restringe a P2”⁶⁵²; P1 es igual al derecho de toda persona a no estar dos veces frente al riesgo de una sentencia

⁶⁵⁰ Sentencia BVerfGE 67, 157, citada por Óp. Cit. CASTILLO CORDOBA, L., Pág. 40.

⁶⁵¹ ALEXY, R. (1997) Teoría de los derechos fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Pág. 86-87.

condenatoria, P2 es el derecho a recurrir el fallo por parte del acusado, M1 es la medida adoptada de no otorgar posibilidad a la acosadores de recurrir el fallo absolutorio, F la finalidad es preservar el derecho antes invocado que favorece a F1, pero que trastoca F2.

Por tanto “la adopción de M1 supondrá una relación razonable entre los beneficios que signifique a P1 y los perjuicios que produzca sobre P2, M1 será proporcionada. Por lo tanto, esta medida será constitucional y la lesión, sacrificio o restricción que pueda suponer sobre P2 está constitucionalmente justificada”⁶⁵³; visto esto, hemos de señalar que el beneficio imperante al adoptar la medida de quitar la opción de apelación al acusador es la preservación del derecho a la libertad personal, recordando que “de entre los derechos fundamentales, uno decisivamente importante es el de la libertad personal”⁶⁵⁴ precisamente; visto esto, es que el sacrificio de P2 es meramente necesario y va acorde a la preservación de un derecho con mucha más necesidad de conversar y proteger.

Hecho el juicio de ponderación entre los dos derechos que se verían trastocados, SE LLEGÓ A LA CONCLUSIÓN DE QUE LA PRESERVACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL ESTÁ SUFICIENTEMENTE JUSTIFICADO, DE MODO QUE LA RESTRICCIÓN O SACRIFICIO DEL DERECHO A RECURRIR EL FALLO POR PARTE DEL AGRAVIADO ES CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDO AL TENER EN LA MEDIDA TOMADA, UNA SOLUCIÓN IDÓNEA.

Con eso habremos justificado la elección de un derecho sobre el otro y habremos concluido la justificación del segundo punto que dificulta la aplicación de la medida asumida; no sin antes cerrar este punto haciendo tres alcances importantes:

⁶⁵² Óp. Cit. CASTILLO CORDOBA, L., Pág. 40.

⁶⁵³ *Ibíd.*, Pág. 41.

⁶⁵⁴ *Ibíd.*, Pág. 26.

1) El derecho de la víctima a apelar el fallo adverso se vería satisfecho en el marco del art. 407 del Código Procesal Penal. Si bien es cierto que solo podrá apelar el extremo de la reparación civil, esto ya estaba previsto en el actual código por el legislador y por tanto, no habríamos hecho ningún cambio sustancial a este; su derecho como víctima sigue resguardado en el ámbito que le compete, la reparación civil y esto ha sido reconocido claramente por el legislador.

2) Según el Tribunal Constitucional, “prima facie y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra: a) La sentencia que le imponga una condena penal, b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida sería de coerción personal. c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental, d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental”⁶⁵⁵; por lo que, si bien es cierto que no limita que el derecho a la pluralidad de instancias para que también sea un derecho fundamental de los agraviados, sólo reconoce en primera cuenta que este derecho es para ciertas ocasiones dentro de las que no se encuentra la facultad de recurrir el fallo por parte del agraviado. El derecho a recurrir el fallo no está comprendido como un derecho del agraviado propiamente dicho sino que solamente es un derecho reconocido, por Tratados Internacionales, para la defensa del que fuera condenado.

⁶⁵⁵ Exp. N.º 4235-2010-PHC/TC, párrafo 25.

3) Hemos de recordar que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal⁶⁵⁶ y por tanto, el único que puede perseguir la condena es este; no es el Ministerio Público el que actúa en representación de el agraviado; el Ministerio Público acusa y busca la condena de una persona en defensa de los propios intereses del Estado, pensar lo contrario es equivocado ya que la víctima sólo tiene como opción buscar que se le restablezca lo dañado mediante la reparación civil; pero no es un derecho de la víctima, conseguir condena para su agresor, puesto que el único que puede utilizar su *ius punendi* es el Estado en defensa del orden interno. Tomando en cuenta todo lo antes dicho, pensar que la víctima se vería afectada por la imposibilidad de apelar el fallo absolutorio es inadecuado; la víctima ve satisfecho su derecho con la obtención de la reparación civil que puede buscar vía civil o penal y si no queda acorde con la sentencia de primera instancia, esta podrá recurrir el extremo de la reparación civil. Con ello tenemos por conseguido satisfacer el derecho de todas las partes en la solución planteada.

5.7.- LA PROSCRIPCIÓN A LA APELACIÓN DEL FISCAL, ¿FUNCIONA?

Hemos llegado a la conclusión que proscribir la apelación del fiscal cuando se haya absuelto al acusado en primera instancia, es la solución más idónea para salvar nuestro problema de inconstitucionalidad por omisión⁶⁵⁷; esto por ser la solución que más justicia brinda en el seno de nuestra sociedad⁶⁵⁸; sin embargo, de inmediato nace la pregunta: ¿Funciona este modelo?; la respuesta a esta interrogante la tiene únicamente, en América, el país de los Estados Unidos de Norteamérica, por ser el único país que aplica este modelo a plenitud; por ello, deberemos avocarnos a él para saber si el modelo funciona o no dentro de sus respectivas jurisdicciones.

⁶⁵⁶ NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL - CAPÍTULO I EL MINISTERIO PÚBLICO

“Artículo 60 Funciones.- 1. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial...”

⁶⁵⁷ Cfr. Vid. Supra. Pág. 247.

Como primera medida, he de mencionar que el Tribunal Constitucional Español tiene una sentencia en la cual hace una interesante anotación sobre el “*double jeopardy clause*”, principio sobre el que se basa la imposibilidad de apelación por parte del fiscal cuando el acusado ha sido absuelto en primera instancia; señalan en esta sentencia que, en Estados Unidos, “las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal), para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión contra reo”⁶⁵⁹; es decir que, el Tribunal Constitucional Español señala que el fin de este principio es “evitar que el ciudadano sea víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado, evitarle las vejaciones que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de ciudadano de un pueblo libre”⁶⁶⁰; es así como lo entienden en el país norteamericano y para ellos no es “un modelo” dejado a libre elección del legislador como en nuestro caso, sino que es un modo de concebir las garantías propias que les otorga el Estado democrático en el que se encuentran: la “*double jeopardy clause*” es tenida como un derecho fundamental para las personas, que da la limitación del acusador frente al acusado dentro de todo proceso y no es visto como una figura variable o a libre elección del legislador⁶⁶¹; esto se condice con lo expresado por la Corte Suprema de Estados

⁶⁵⁸ Cfr. Vid. Supra. Cap. IV.

⁶⁵⁹ SENTENCIAS DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2/2003, de 16 de enero (pleno); fundamento jurídico Nro. 1, literal b).

⁶⁶⁰ SENTENCIAS DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2/2003, de 16 de enero (pleno); fundamento jurídico Nro. 1, literal b).

⁶⁶¹ RUDSTEIN, D. (2005) A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee Against Double Jeopardy, William and Mary BILL OF RIGHTS JOURNAL, Volume IV, issue I, article 8, pág. 51.

Unidos al señalar: “The States interest in convicting wrongdoers is entirely satisfied by one fair trial although ending in an acquittal”⁶⁶²

Para Los Estados Unidos de Norteamérica, cuando se habla de “*double jeopardy prohibition*”, no es lo mismo que “*ne bis in ídem*” para nosotros⁶⁶³; puesto que mientras en Estados Unidos de Norteamérica se estima **la no revisión contra la sentencia que dé al reo la absolución**, nosotros defendemos **la no revisión o nuevo juicio de un caso que ha sido concluido con calidad de cosa juzgada**; lo cual nos lleva a diferencias sustanciales puesto que para ellos es inconcebible plantear una revisión para el fiscal, no hay opción a ello y eso lo tienen estipulado en la V enmienda de su Constitución⁶⁶⁴: Esa es la razón por la cual en Estados Unidos nunca un fiscal pudo ni podrá apelar una absolución; su sistema de garantías es más rígido que el nuestro y entienden a este principio de un modo más rígido y sin flexibilidades para el fiscal: Si el acusado logra su absolución, no habrán segundas oportunidades para la acusación y el agraviado deberá conformarse con la vía civil para resarcir su afectación⁶⁶⁵. La propia Corte Suprema de Estados Unidos lo ha reconocido así al dejar dicho que: “The public interest in the finality of a criminal judgment is so strong that an acquitted defendant may not be retried even though the acquittal was based upon an egregiously erroneous foundation...”⁶⁶⁶; siendo que, el acusado aunque hubiera sido absuelto por un error, tendrá que ser puesto en libertad ya que, por delante de la ley, está su derecho fundamental, de rango constitucional, a no ser dos veces puesto en peligro de perder su libertad por parte del Estado.

⁶⁶² Benton vs. Maryland 395 U.S. 784. “El interés del Estado en condenar a quienes infringen la ley se ve enteramente satisfecho por un juicio justo aunque finalice en una absolución.

⁶⁶³ Cfr. Vid. Supra. Págs. 202-203.

⁶⁶⁴ Cfr. Vid. Supra. Pág. 185.

⁶⁶⁵ ANSELMINO, V. (2013) “Ne bis idem” La prohibición contra la doble persecución penal, ANALES N° 43 - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata, pág. 103.

El proceso americano esboza que en “un Estado democrático, resulta de vital importancia la protección de los derechos humanos frente al poder punitivo, para lo cual el derecho penal y el derecho procesal penal, entendidos como ramas del saber jurídico, convergen como límites a dicho poder”⁶⁶⁷; siendo así que “el jurado puede estar equivocado respecto del derecho cuando decide absolver, pero identificar y corregir su error iría en contra de la V enmienda”⁶⁶⁸; es esta enmienda la que desarrolla el principio, y hace que una revisión por parte del fiscal, de por sí, sea imposible en sí misma. POR TANTO, RECALCAMOS QUE ESTE NO ES UN MODELO USADO POR EL LEGISLADOR DE ESTADOS UNIDOS, SINO EL MODO EN QUE SE ENTIENDE ESTE PRINCIPIO FUNDAMENTAL, no cabiendo a este otra interpretación posible; en Estados Unidos de Norteamérica se ve con gran grado de injusticia el hecho de llevar a una persona nuevamente a juicio por una apelación y ponerle en situación de perder su libertad nuevamente: “The State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity”⁶⁶⁹.

Del mismo modo, debo citar a Julio B. Maier, quien es el defensor más acérrimo de la proscripción a la apelación del fiscal en este lado del mundo; señala él que encontramos en el proceso americano “una interpretación más estricta de la prohibición de la múltiple

⁶⁶⁶ Arizona vs. Washington 434 U.S. 497. “El interés público en la finalización de un juicio criminal es tan fuerte que un imputado absuelto no debería ser re-enjuiciado aun cuando la absolución estuviese basada sobre una extraordinariamente errónea fundamentación.”

⁶⁶⁷ Óp. Cit. ANSELMINO, V., Pág. 104.

⁶⁶⁸ PEREZ CEBADERA, M. (2001) En, tesis doctoral: Las instrucciones al jurado, Tesis de doctorado, Universidad Jaume I Castello, Pág. 296. En: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10431/perez3.pdf;jsessionid=2231A562655999274FA184EE2C07E1C9.tdx2?sequence=1>

⁶⁶⁹ Oregon vs. Kennedy 355 U.S. 184, 187, 188. “Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso. Así también ha dicho esa Corte que el Estado con todos sus recursos y poder no debería poder hacer

persecución penal –ne bis in ídem-, principio formulado como la prohibición de someter al imputado a un riesgo múltiple de sufrir una consecuencia jurídico-penal... Tal circunstancia implica, básicamente, negación del recurso para obtener un nuevo juicio, por «injusto» que puede ser presentado, en «apelación», el veredicto final del primero”⁶⁷⁰; agregando además, que él la entiende como la solución más pacífica al problema que se estaría suscitando en muchos países latinoamericanos que se encuentran ante esta inconstitucionalidad por defender sus sistema de doble instancia; por considerar él que “el principio ne bis in ídem, correctamente interpretado por su solución más estricta para la persecución penal, debería conducir, por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia, pueda evitar la decisión adversa del tribunal de juicio, mediante un recurso contra ella, que provoca una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave”⁶⁷¹

Para los intereses de esta investigación, señalo que es imposible hacer un análisis sobre este modelo en concreto y su aplicabilidad en el país norteamericano porque ellos nunca han pensado en retirar esta figura de su ordenamiento y por tanto, no hay encuestas que evalúen su retiro del sistema americano o su efectividad, PRECISAMENTE PORQUE NO ES UNA FIGURA SINO UN PRINCIPIO EN SÍ MISMO QUE SE HA DESARROLLADO POR SU JURISPRUDENCIA EN LA HISTORIA⁶⁷²; siempre le han tenido por cierta y por tanto, nunca se le ha cuestionado en sus alcances o en su validez. En ellos nunca han nacido las preguntas: ¿Deberíamos dar al fiscal la opción de

repetidos intentos para condenar un individuo por supuestos delitos y entonces sujetarlo a la vergüenza, a los gastos, a someterlo a ordalía y obligarlo a vivir en un constante estado de ansiedad e inseguridad”

⁶⁷⁰ MAIER citado por NUÑEZ PÉREZ, F. (2013) La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal, Lima: GRIJLEY, primera edición, págs. 25-26.

⁶⁷¹ Óp. Cit. MAIER, J. citado por NUÑEZ PÉREZ, F., pág. 26.

⁶⁷² Óp. Cit. PEREZ CEBADERA, M., Pág. 298 Citando a Green Vs. United States, 355 U.S. 184.

apelar? ¿Es justo que una absolución no pueda ser cuestionada?, etc.; para ellos, este es un principio cierto, inmutablemente y que perdura. Solo se avocan a perfeccionarlo.

Por eso es que, si deseamos saber ¿cómo hacer a la figura aplicable en el Perú? O ¿Qué tan aplicable es?; lo que debemos hacer es un análisis antropológico, sociológico e histórico de nuestra sociedad; y así podremos llegar a un sistema que optimice el funcionamiento de esta solución, tal cual se hizo en el país antes citado. No es necesario saber si la norma es aplicable o no en otro país porque eso sería suponer que el derecho es lógico en su concepción y eso no sucede: Los que nos corresponde es afinar la solución y llegar a mecanismos que nos permitan optimizar el desarrollo de esta solución para nuestro país. **Esto que hago evidente sería objeto de una nueva tesis que tendría por finalidad conseguir la aplicabilidad plena de la figura en nuestro país y que es mi intención desarrollar en un futuro no lejano.**

5.8.- PROYECTO DE LEY PARA LA REFORMA LEGISLATIVA.

Como último punto de este capítulo, una vez que se ha elegido la mejor solución aplicable para el Perú y habiéndole justificado adecuadamente, procedemos a desarrollar el proyecto de ley que daría vida a la efectiva aplicación de: “la deshabilitación normativa de la facultad de apelar el fallo absolutorio por parte del fiscal, querellante o parte civil; dejando al acusador como única opción, conseguir la condena en primera instancia”. El proyecto de ley que conseguiría esto, convendría los siguientes cambios y adiciones:

**LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 401.1, 407, 416.1,
419.2 Y 423.3.B DEL DECRETO LEGISLATIVO N.- 957 –
CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004**

Artículo 1.- Modificase el art. 401 del código procesal penal con el siguiente texto:

“1. Al concluir la lectura de la sentencia, el Juzgador preguntará al condenado o al absuelto que no esté acorde con la absolución en algún extremo, si interpone recurso de apelación. No es necesario que en ese acto fundamente el recurso. También puede reservarse la decisión de impugnación.”

Artículo 2.- Modificase el art. 407 del código procesal penal con el siguiente texto:

“1. El imputado podrá impugnar, indistintamente, del objeto penal o el objeto civil de la sentencia.

2.- El Ministerio Público podrá utilizar cualquier medio de impugnación; podrá apelar cualquier resolución o actuación dentro del proceso, a excepción del fallo condenatorio de primera instancia.

2. El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución.”

Artículo 3.- Modificase el art. 416.1 del código procesal penal con el siguiente texto:

“1. El recurso de apelación procederá contra:

- a) Las sentencias condenatorias de primera instancia;**
- 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 se pronuncien sobre la constitución de las partes;**
- d) Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.”**

Artículo 4.- Modificase el art. 419.2 del código procesal penal con el siguiente texto:

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

Artículo 5.- Modificase el art. 425.3.b del código procesal penal con el siguiente texto:

“b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Se puede dictar sentencia absolutoria de la condena impuesto al acusado o confirmar el fallo de primera instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad, siempre que sea en favor del acusado.

Disposiciones finales, complementarias y derogaciones.

PRIMERA.- La presente ley entra en vigencia un día después de su publicación en el diario oficial del peruano.

SEGUNDA.- Retírese al Ministerio Público, según sea el caso, la facultad de apelar los fallos absolutorios otorgados por el juez de primera instancia.

Retírese la función de apelación para sentencias absolutorias expedidas por el juez de primera instancia. En el caso de haber apelación, se podrá utilizar esta, pero sólo para apelar actuaciones dentro del proceso y que no estén ligadas a la libertad del acusado.

TERCERA.- Deróguense las disposiciones legales que se opongan a la presente ley.

Arequipa, Agosto del 2014.

Con este proyecto de ley, podré tener por aplicada la solución planteada en páginas anteriores y habremos dado por concluida la investigación habiendo solucionado el problema encontrado. Es importante señalar que estamos frente a un acto lesivo que se configura por una omisión del legislador al momento de regular los recursos impugnatorios en este nuevo condigo; sin embargo, LA SOLUCIÓN ELEGIDA EN ESTA TESIS NO ES DADA COMO LA ÚNICA POSIBLE DE SER APLICADA, SÓLO ES ELEGIDA ESTA POR SER, LA QUE CONSIDERO YO, LA MÁS

ACORDE A LOS PRECEPTOS DE JUSTICIA QUE PERSIGUE EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004, PERO NO DESCARTO LAS OTRAS DOS O LAS DOY POR NO APLICABLES. LA ELECCIÓN CORRESPONDE AL LEGISLADOR.



CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS



CONCLUSIONES

1. Señalo que la figura del fallo condenatorio en segunda instancia de quien fuera absuelto en primera instancia o “la condena del absuelto”, como es mejor conocida esta figura, no es inconstitucional porque no afecta ni los principios de la Constitución Política de 1993, ni los derechos que emanan de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos que sirven para interpretar la Constitución Política de 1993. Recordando que es posible hacer el análisis de constitucionalidad de una ley, se ha llegado a la conclusión que la figura vista a lo largo de la investigación, no cuenta con ningún acto lesivo frente a los derechos fundamentales de la personas; por lo que, es perfectamente pasible de ser puesta en nuestro ordenamiento jurídico interno si así lo decide el legislador. Condenar en segunda instancia a quien fuera absuelto en la primera instancia es el modelo elegido por el legislador para nuestro nuevo sistema procesal penal; es sólo una elección entre muchas otras que pudo haber tomado para el recurso impugnatorio de la apelación. Con lo cual, hago evidente que, la primera hipótesis no se ha comprobado puesto que la figura de “la condena del absuelto” no es inconstitucional, no genera contradicciones con la Constitución Política, ni ataca derechos fundamentales o afecta la Constitución Política o Tratados Internacionales.
2. La figura de “la condena del absuelto” es constitucional; sin embargo, la imposibilidad de apelar esta condena, sí es inconstitucional: Una vez que ha sido impuesta la condena en segunda instancia a quien fue absuelto en la primera instancia, debería haber un recurso ordinario de apelación que sirva para revisar la primera condena que ha tenido el acusado; esto no existe en nuestro sistema procesal penal por una omisión del legislador al momento de crear el Código Procesal Penal del 2004. Ante esto dicho, caemos en cuenta de que existe una inconstitucionalidad por omisión que afecta la pluralidad de instancias, ya que el legislador de turno ha

ocasionado un atentado contra los derechos fundamentales de las personas al no crear un recurso ordinario para cuestionar la primera condena en segunda instancia. Por tanto, se corrobora la tercera hipótesis: de que la condena del absuelto, al ser una figura que nace de una modelo procesal penal importado por el legislador y no haber adaptado esta como es debido al sistema jurídico interno peruano, se ha generado la vulneración a la Constitución Política y Tratados Internacionales; siendo que, está justificado que se subsane la contradicción que ha nacido al colocar la figura de la condena del absuelto y no generar una tercera instancia para que se cuestiona esta primera condena; esto puesto que se generan contradicciones con el modelo procesal penal que se pretende seguir, y violación a la Constitución Política del Estado y Tratados Internacionales.

3. La figura de “la condena del absuelto” no ocasiona una violación a los principios de la Constitución; sin embargo, como hemos hecho evidente en la conclusión anterior, la imposibilidad de apelar esta condena, sí ocasionan un atentado contra el principio-derecho de la pluralidad de instancias; esto a razón de que, aunque el Tribunal Constitucional Peruano ha dicho en reiterada jurisprudencia que la doble instancia es un modo de satisfacer la pluralidad de instancia, por lo que podría entenderse que al ser dos veces revisada la pretensión del acusador, se da por cumplida la pluralidad de instancias que nos exige la Constitución de la nación, como lo señala la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; no podremos olvidar del mismo modo que el mismo Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado sobre el tema de la pluralidad de instancias en lo concerniente a las condenas penales en específico, señalando en esa ocasión que, cuando se trate de condenas penales que limiten la libertad o la vida de la persona, lo que se debe buscar es “la doble conforme”, acorde a lo que nos exige la Convención Interamericana de Derecho Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por tanto, estamos atacando y

violando el principio-derecho de la pluralidad de instancias, principio constitucional, porque no estamos respetando el derecho del condenado a que pueda revisar el fallo que lo condenó por primera vez en segunda instancia, negándole la doble conformidad de este fallo; siendo así que, evidenciamos que la segunda hipótesis se ha demostrado al evidenciar una violación al principio-derecho de la pluralidad de instancia que se encuentra en nuestra Constitución Política.

4. La figura de la condena del absuelto no ocasiona una violación a los derechos que emanan de los Tratados Internacionales y que estamos obligados a observar; sin embargo, como hemos hecho evidente en la conclusión anterior, la imposibilidad de apelar esta condena, sí ocasionan un atentado contra el derecho a la “doble conforme” que nos asegura tanto la Convención Interamericana de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención lo hace acorde a lo que se dicta en el fallo del caso Mohamed Vs. Argentina en el cual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejada clara su posición de defender la doble conforme para el acusado, por lo que, el fallo que condene a una persona deberá poder ser revisado en amplitud por una instancia ordinaria de superior jerarquía, sin importar en que instancia es que se diera este primer fallo condenatorio; mientras que el Pacto asegura este derecho, tal como lo asegura el Comité de Derechos Humanos, al recordarnos en su Observación General Nro. 32 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 para su revisión. Por tanto, los pactos internacionales a los que nos hemos hecho parte, aseguran el derecho del acusado a tener la “doble conforme” en cuanto al fallo que los condene; nuestro legislador al no dar un recurso para que se pueda cuestionar ampliamente el fallo condenatorio, está faltando a los Tratados a los que nos hemos hecho parte puesto que nuestro Código Procesal Penal del 2004 no

asegura la figura de la “doble conforme” cuando se presenta la figura de la condena del absuelto, hecho que genera una vulneración a los derechos fundamentales de las personas que integran el Estado peruano. Por lo que, se corrobora la hipótesis cuarta: Estamos ante una afectación a los Tratados Internacionales de derechos humanos a los que nos hemos hecho parte; esto por no observar el derecho a la “doble conforme” por parte del legislador peruano; recordando además, que no solo estamos vinculados a la normativa de estos tratados sino que, en el caso de la CIDH, también estamos sujetos a las interpretaciones que haga de estos la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tratarse de “cosa interpretada”. Siendo así que, tenemos por corroborada la hipótesis cuarta en lo concerniente a la desatención de Tratados Internacionales en cuanto a los derechos que emanen de estos y nos son vinculantes.

5. Acorde lo establecido por la CIDH y el PIDCP, debemos dar un recurso eficaz al condenado para que pueda revisar la primera condena que se le ha impuesto, sea en la instancia que fuera; ante este hecho, la Sala Penal Permanente de Corte Suprema del Perú ha señalado que la casación es un recurso pleno y eficaz para poder cuestionar este primer fallo condenatorio que se da en la segunda instancia; sin embargo, hemos de recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que el recurso que se ofrezca al condenado, debe ser un recurso ordinario que puede entrar a revisar: hechos, derecho y valor probatorio (recurso amplio y que pueda revisar todos los aspectos); cosa que no sucede con la casación, puesto que es un recurso extraordinario, que cuenta con causales y que no puede entrar a tallar en temas de hecho o valor probatorio; por lo que, la casación no es un recurso pleno para la revisión de un fallo condenatorio. Entonces, tenemos que si bien es cierto, la casación puede entrar a tallar en cuanto a temas de derecho y violación de derechos fundamentales, esta nunca podrá ser tomada como un recurso eficaz para satisfacer

los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se presente la primera condena del acusado en segunda instancia; siendo que corroboramos la quinta hipótesis ya que, estamos ante un atentado contra los derechos de fundamentales de las personas que son condenadas bajo la figura de “la condena del absuelto” en segunda instancia, y no cuentan con un fallo que les asegure la “doble conforme” porque la casación no es un recurso suficiente ni pleno para satisfacer los que se nos exige por medio de la Constitución Política y Tratados Internacionales.

6. Dado que el decreto legislativo 957, decreto que da vida al Código Procesal Penal del 2004, es una norma con rango de ley; el único modo que cabría para superar la omisión inconstitucional es la reforma legislativa, ya que “una ley sólo se deroga o varía por otra ley”; ante este hecho, lo más saludable para el Estado peruano es generar una reforma legislativa que nos haga cumplir la Constitución Política y los Tratados Internacionales a través del aseguramiento de la “doble conforme”. Generar que la casación sea nuestro recurso ordinario es un tanto difícil por lo que este recurso no cabe dentro de los requerimientos que se nos exigen. Lo mejor para el Estado Peruano es generar una modificatoria de los artículos en cuestión o una serie de artículos que ayuden a respetar el compromiso al que nos hicimos parte. Por tanto, se corrobora la hipótesis sexta; hipótesis que habla de que, si se encuentra la efectiva afectación de derechos fundamentales o atentado a principios constitucionales, debemos hacer una reforma legislativa que corrija esta vulneración.
7. En la tesis presentada se plantearon tres soluciones aplicables: 1) Habilitación normativa de una tercera instancia en el proceso, a cargo de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema u otra Sala Penal de la Corte Suprema; 2) Inhabilitación normativa de la condena del absuelto en el Código Procesal Penal, dejando solo la opción de confirmar o declarar nula la sentencia absolutoria de

primera instancia; y 3) Deshabilitación normativa de la facultad de apelar el fallo absolutorio por parte del fiscal, querellante o parte civil; dejando al acusador como única opción, conseguir la condena en primera instancia. Cualquiera de estas tres puede ser utilizada para salir de esta omisión inconstitucional puesto que no contravienen la Constitución Política o Tratados Internacionales; sin embargo, se ha llegado a la conclusión de que la más justa (recordando que no todas las leyes dan justicia o no todas la dan en igual medida) y por tanto, la más legítima sería la tercera puesto que preserva mucho más los principios de Derecho Procesal Penal que hemos encontrado a lo largo de la investigación y que son, precisamente, la búsqueda de la libertad como regla general y la sola instauración de la condena a modo de excepción. Sin embargo, a lo antes acotado, he de recordar que aplicar cualquiera de las tres soluciones planteadas es constitucional y nos regresa al rumbo del respeto de los derechos fundamentales que pretende seguir el Estado Peruano. Por tanto, se corrobora la hipótesis séptima que habla de que necesitaremos de una reforma legislativa que nos devuelva al rumbo de la defensa de los derechos fundamentales de las persona, en el marco de un estado constitucional de derecho; pero no solo una norma legal, sino que esta sea legítima de ser aplicada en nuestro país.

SUGERENCIAS

1. Se sugiere, como primera medida, adoptar lo sugerido por Fernando Vicente Núñez Pérez para los jueces de segunda instancia en el territorio nacional: No se debe aplicar la figura de “la condena del absuelto” en los lugares donde esté utilizándose el Código Procesal Penal del año 2004, con el fin de evitar las futuras sanciones que se nos podría interponer por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta propuesta no se lleva a razón de que la figura sea inconstitucional, situación que ya quedó descartada en el siguiente trabajo, sino porque es recomendable este accionar por parte de los jueces de segunda instancia porque, aunque ven limitadas las facultades que les otorga el legislador, es lo más sano para que el Estado Peruano no siga atentando contra los derechos humanos de las personas en el Perú por medio de esta omisión legislativa en el Código Procesal Penal del 2004. Hemos de mencionar que esto es factible puesto que si los jueces de segunda instancia, *ad-quem*, verificaran que se ha cometido algún error o encontraran alguna situación por la que se debería condenar al absuelto, estos jueces podrían declarar la nulidad del fallo de primera instancia y hacer que el juicio de primera instancia se vuelva a llevar a cabo para volver a procesar al acusado.
2. Se sugiere adoptar alguna de las tres opciones planteadas en este trabajo para realizar una reforma legislativa que nos regrese al camino del Estado Constitucional de Derecho que pretendíamos seguir. A razón de que las tres medidas antes mencionadas son perfectamente pasibles de poner en práctica para salvar el problema que se ha hecho evidente en el presente trabajo de investigación. No tomar alguna de las tres soluciones significaría seguir atentando contra los derechos humanos de los peruanos que, a futuro, siendo

condenados por primera vez en segunda instancia, no tienen la opción de recurrir este fallo de modo ordinario; y por tanto, ello nos conllevaría a ser pasible de una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que llevaría el caso a jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y esta podría condenarnos como ya lo hizo otras tantas veces.

3. En tanto a las tres opciones que se plantearon para salir de la omisión legislativa en la que nos encontramos; recomiendo usar la tercera de estas que implica retirar la opción de apelación de la absolución a la parte acusador. Esto dado que, en el presente trabajo, después de realizar un estudio de los principios de la rama del Derecho Procesal Penal, se cayó en cuenta de que esta es la solución que no sólo es acorde a la Constitución Política y pasible de ser aplicable, sino que se le considera la más justa por ir acorde a estos principios que hemos encontrado. Señalo que, esta opción es la más ágil de aplicar para salir de esta omisión legislativa en la que nos encontramos y que va mucho más acorde con el modelo procesal penal que pretendemos instaurar en el Perú.
4. Como última sugerencia, se tiene que el tesista invoca a los legisladores a tener más cuidado, a futuro, al momento de introducir normas en nuestro ordenamiento jurídico interno; se deberá prestar una atención importante ya no solamente a la Constitución, sino también a los Tratados Internacionales a los que nos hemos hecho parte puesto que estos sirven de interpretación de la Constitución y forman parte del bloque de constitucionalidad. Esto a razón de que es importante generar normas que no afecten los derechos fundamentales de las personas.



BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía capítulo I

1.- LIBROS:

ABAD YUPANQUIE, S. (2003) *La Interpretación Constitucional De La Ley*. Lima: Palestra Editores, primera edición.

ANTINORI, Eduardo (2006) *Conceptos Básicos del Derecho*, Mendoza: Editorial de la universidad de Aconcagua, primera edición.

ARBULÚ MARTÍNEZ, V. (2013) *Derecho procesal penal TOMO I*, Lima: Ediciones legales, primera edición.

ARIANO DEHO, E. (2011) Reflexiones (viejas y nuevas) sobre la pluralidad de instancias y el derecho de acceso a los medios impugnatorios regulados por la ley EN CASTILLO CORDOBA, L. (2011) *El debido proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Lima: Editorial: El búho, primera edición.

ARINO DEHO, E. (2006) *Pluralidad de instancias. La constitución comentada – Tomo III*, Lima: Editorial El búho, segunda edición.

BASTOS PINTO, M., CALIXTO PEÑAFIEL, I., CONDES, C., Grupo Constitucionalismo crítico. (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Lima: Editorial El Búho, primera edición.

BINDER, A. (2000) *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*, Buenos Aires: Editorial Ad hoc, primera edición.

CABANELLAS, G. (2001) *Diccionario enciclopédico de derecho usual TOMO I*, Buenos aires: Editorial Heliasta, tercera edición.

CARRUITERO LECCA, F. (2004) *La teoría del poder como presupuesto de la teoría de los derechos humanos. FILOSOFIA DEL DERECHO*, Lima: Lima Jurídicas, primera edición.

CATACORA GONZALES, M. (1997) *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima: Rhodaa, primera edición.

CAVANI BRIAN, R. (2011) *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil*, Lima: Editorial El búho, primera edición.

CHIOVENDA, Giuseppe. (1989) *Instituciones del derecho Procesal Civil, Tomo II*, Ciudad de México: Cardenas editor, segunda edición.

ETO CRUZ, G., MESINAS MONTERO, F., VILELA CARBAJAL, K., BENAVENTE, H. (2011). *El Tribunal Constitucional Reescribe El Derecho*. Lima: Editorial El Búho, primera edición.

FERRER MC-GREGOR, E. & ZALDIVAR LELO DE LARREA, A. (2009) *Constitución, Derecho y Proceso*. Lima: IDEMSA, Pag.58

FRISANCHO APARICIO, M. (2009). *Manual para la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Rhodas, primera edición.

GARCÍA TOMA, V. (2010) *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Arequipa: ADRUS, primera edición.

GÓMEZ COLOMER, S. & OTROS (1997) *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Castellóde la Plana: Universitat Jaume I, primera edición.

HART, H.L.A. (1968) *El Concepto de Derecho* (Traducción de Genaro Carrió), Buenos aires: Abeledo-Perrot, segunda edición.

LLAMBÍAS, Jorge (1960) *Derecho Civil. (Parte General) Tomo I*, Buenos Aires: Editorial Perrot, cuarta edición.

LLANOS MANSILLA, H. (1991) *Derecho Internacional Público*, Santiago de Chile: Edición Jurídica, primera edición.

LUTHER, Jörg. (1990) *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'ottocento*. Torino: G. Giappichelli Editore, second edition.

MAIER, J. (2003) *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Buenos Aires: Editores del Puerto, tercera edición.

MIRANDO ESTRAMPES, M. (2009) *Comentarios al nuevo código procesal penal*, Lima: Editorial Grijley, primera edición.

MIXÁN MÁSS (1988), *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, Lima: Ediciones Jurídicas, primera edición.

MORALES SARAIVA, F. (2005) *Tratados. La constitución comentada Tomo II*, Lima: Editorial El búho, segunda edición.

NOVAK TALAVERA, F. (2005) *Tratados. La constitución comentada Tomo I*, Lima: Editorial El búho, segunda edición.

NUÑÉZ PÉREZ, F. (2013) *La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: GRIJLEY, primera edición.

ORÉ GUARDIA, A. (2011). *Manuel de derecho procesal penal TOMO I*, Lima: Editorial Reforma, primera edición.

PABLO ALONSO, J (2006) *Interpretación de las normas y Derecho Penal*. Buenos Aires: Editores del puerto, primera edición.

PECES-BARBA, G. (1999) *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, primera edición.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2009) *El nuevo proceso penal peruano*, Lima: Palestra, primera edición.

PÉREZNIETO CASTRO, L. & LEDESMA MONDRAGÓN, A. (1989), *Introducción al Estudio del Derecho*, Ciudad de México: Editorial Haría, Colección Textos Jurídicos Universitarios, pág. 78-79.

PESNATA URIBE, E. & RODRÍGUEZ SANTANDER, R. (2009) *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Lima: El búho, primera edición.

PIETRO SANCHÍZ, L. (2003) *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, primera edición.

PONS, Marcial (2005) *La primera lección del derecho*, Madrid: MARCIAL PONS, tercera edición.

ROUSSEAU, Ch. (1966) *Derecho Internacional Público*, 3era edición aumentada y corregida por GIMENEZ ARTIGUES, Barcelona: Ariel, tercera edición.

SALAS BETTETA C. & OTROS (2013) *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*. Lima: Editorial El Búho, Primera edición.

SEMINARIO SAYÁN, G. (2011) *Manual del nuevo código procesal penal*, Lima: Editorial el búho, primera edición.

WILSON, Woodrow. (1908) *Constitutional Government in the United States*. New York: Columbia University Press, págs. 13-14.

WITTGENSTEIN, Ludwig (1953), *Philosophical Investigations*, Oxford: Blackwell, second edition.

ZAGREBELSKY, G. (2011) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, segunda edición.

2.- ARTICULOS DE INTERNET:

AHUMADA, A. *NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO* (A propósito de “constitucionalización y Neoconstitucionalismo de Paolo Comanducci”), pág. 1, de: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada11/4_AHUMADA.pdf - Información obtenida con fecha 03/06/2014.

DAZA DUARTE, S. & QUINCHE PINZÓN, R. *Proyecto de investigación: Finalidad de los principios y valores constitucionales en el contexto del estado social de derecho en Colombia*. EN: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/images/stories/vol1/dc3.pdf> - Información obtenida con fecha 05/06/2014.

MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA DE ARGENTINA. *Otro triunfo de la defensa pública interamericana*, boletín 83/2012, pág. 1, EN: http://www.mpd.gov.ar/uploads/boletin/2010/Boletin6_2010.pdf - Información obtenida con fecha 07/06/2014.

ORÉ GUARDIA, A. *OPINIÓN PARA VI PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA*, Pág. 1, EN: http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf - Información obtenida con fecha 03/06/2014.

VALCÁRCEL LAREDO, L. (18 de Julio del 2008). Blog Lilia Judith Valcárcel Laredo

(<http://liliajudithvalcarcellaredo.blogspot.com>).De:<http://liliajudithvalcarcellaredo.blogspot.com/2008/07/la-pluralidad-de-instancia.html> - Información obtenida con fecha 05/06/2014.

3.- REVISTAS:

AQUIZE DÍAZ, C. (2010) *Revista de la Corte superior de justicia de Arequipa*, Vol. XII Nro.1-2010, Edición Semestral Enero-Junio 2010.

ATRIA, F. (2004) La ironía del positivismo Jurídico, *Doxa*, Num. 27.

CARRERA TÚPAC YUPANQUI, S. (Agosto del 2011). El absuelto puede ser condenado por el ad-quem en el CPP 2004. *Gaceta Procesal Penal*, TOMO 26, Pág. 250.

FÉRNANDEZ SEGADO, F. (2005). La justicia constitucional ante el siglo XXI, la progresiva convergencia del sistema americano y europeo-kelseniano. *Pensamiento Constitucional*. Año XI (11).

4.- VIDEOS:

SANTILLÁN DÍAZ, S., (2013), “*Teoría del Derecho - Enrique Ghersi*” (VIDEO),

Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=CDSdICJ6kGY&feature=youtu.be>

Bibliografía capítulo II

1.- LIBROS:

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. A. (1983) *Derecho Procesal, Tomo I*, Estructura del Proceso, Buenos Aires: Ediciones Depalma, primera edición.

LEFEBVRE, H. (1970) *Lógica Formal Lógica Dialéctica*, Madrid: Editores Siglo veintiuno, segunda edición.

LEVITÁN, J. (1986) *Recursos en el proceso civil y comercial*, Buenos Aires: Astrea, segunda edición.

MIXAN MASS, F. (1994) *Juicio Oral*, Trujillo: Marsol, segunda edición.

NUÑEZ PÉREZ, F. (2013) *La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: GRIJLEY, primera edición.

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2006) *Derecho Procesal Penal*, Lima: Grijley, segunda edición.

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2006) *Derecho Procesal Penal - Tomo II*, segunda edición, Grijley, Lima, segunda edición.

2.- ARTICULOS DE INTERNET:

CONDE SALAS, R. *DIALÉCTICA Y DERECHO*. Pág. 227, publicado en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2061343.pdf - [Información obtenida con fecha 23/06/2014.](#)

MANTILLA PINEDA, B. *Métodos de la filosofía del derecho*, pág. 380. En: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDe>

rechoCienciasPoliticas/PublicacionesMedios/EstudiosDerecho/SegundaEpoca/Tab/Vol%20XVI%20Rev%2048%20parte%203.pdf - Información obtenida con fecha 24/06/2014.

MARTÍNEZ ARRIETA citado por LAYME ZAPATA, H. *La Casación Penal En La Corte Suprema De Justicia Del Perú*. Alerta Informativa. Publicado en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YZ9Lj1d-Q7EJ:www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/modulos/documentos/descargar.php%3Fid%3D3865+&cd=12&hl=es&ct=clnk&gl=pe> - Información obtenida con fecha 23/06/2014.

OFICINA DE ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. En: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/> - Información obtenida con fecha 03/06/2014.

3.- REVISTAS:

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M. (1994) «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (como valor y como principio en la aplicación jurisdiccional de la ley)». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 81, Año XXVII, Nueva Serie, setiembre-diciembre.

PODER JUDICIAL. GRUPO DE TRABAJO TEMÁTICO DE POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN Y ÉTICA JUDICIAL, integrado por Inés Felipa Villa Bonilla, Lorenzo Montañez Gonzales, Carlos Zecenarro Mateus, Dora Zoila Ampudia Herrera y Edith Carmen Cerna Landa. *Reformas al proceso penal*, 2003. IV.XV. Lima: Grupo Temático de Política Anticorrupción y Ética Judicial.

VARGAS YSLA, R. (2012) La condena del absuelto en el CPP y sus implicancias en el ordenamiento jurídico: Tutela judicial efectiva vs. Doble instancia. EN: *NUEVO PROCESO PENAL-Gaceta Procesal Penal*. Tomo 35, mayo 2012. Lima: IDEMSA.

WOODS, A. & GRANT, T. (2002) La lógica formal y la dialéctica, en *Razón y Revolución*, nro. 10, primavera de 2002.

Bibliografía capítulo III

1.- LIBROS:

GONZÁLES C., J. & SÁNCHEZ R., L. (1980) *Curso de derecho internacional público - volumen I*, Oviedo: Universidad de Oviedo, segunda edición.

MORENILLARODRIGUEZ, José María; *La Ejecución de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, BIMJ, no. 1554, 1990, segunda edición.

REY CANTOR, E. (2008). *Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México D. F.: Porrúa, primera edición.

RODRÍGUEZ RESCIA, V. (1997); *La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.; Costa Rica: Edit. Investigaciones Jurídicas; primera edición.

SAAVEDRA, ALESSANDRI, P. (2010) *ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE INTEGRIDAD PERSONAL Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD*, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. XI (presentación), primera edición.

SALAS ARENAS, J. (2011) *CONDENA DEL ABSUELTO: REFORMATIO IN PEIUS CUALITATIVA*, Lima: Editorial IDEMSA, primera edición.

2.- ARTICULOS DE INTERNET:

BUSTILLO MARÍN, R. en *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. Pág. 6.EN:

http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_de_convencionalidad_PJF_1.pdf -

[Información obtenida con fecha 10/07/2014.](#)

CARBONELL, M. *Introducción General al Control de Convencionalidad*. Pág. 3. EN:

<http://biblio.juridicas.unam.mx>. - [Información obtenida con fecha 12/07/2014.](#)

ORÉ GUARDIA, A. *Opinión para VI pleno jurisdiccional de la Corte Suprema*; (2008),
pág. 1. EN:

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2AN54JujWLQJ:www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe - [Información obtenida con fecha 15/07/2014.](#)

PATRAS LUC, P. (1962) *L'interprétation en droit public interne/La interpretación del derecho*, Atenas, pág. 16.

EN: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:qywbyNG1iNMJ:dialnet.unirioja.es/download/articulo/142100.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe> - [Información obtenida con fecha 18/07/2014.](#)

3.-REVISTAS:

AYALA CORAO, C. (2007) The execution of the decisions of the Inter-American Human Rights Court. *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, Universidad de Talca.

4.- TESIS:

TORRES ZÚÑIGA N. (2012) en tesis: *EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DEBER COMPLEMENTARIO DEL JUEZ CONSTITUCIONAL PERUANO Y EL JUEZ INTERAMERICANO (SIMILITUDES, DIFERENCIAS Y CONVERGENCIAS)*, tesis de licenciatura, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bibliografía capítulo IV

1.- LIBROS:

ALEXY, R. (1986) *Teoría de los derechos fundamentales*, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, primera edición.

ARIANO DEHO, E. (2011) Reflexiones (viejas y nuevas) sobre la pluralidad de instancias y el derecho de acceso a los medios impugnatorios regulados por la ley EN:

CASTILLO CORDOBA, L. (2011) *El debido proceso, Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Lima: Editorial: El búho, primera edición.

BULNES ALDUNATE, L. (2006) *Unconstitutionality by Omission*. Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, primera edición.

CARBONELL, MIGUEL (2003), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 91-286.

CODÓN MORENO, F. (2002) *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Navarra: ARANZADI, primera edición.

DEL CORRAL, D. (2005) "Los medios de impugnación como contralor de las resoluciones y/o como garantía del imputado". *Garantías, medidas cautelares e imputaciones en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial jurídica NOVA TESIS, primera edición.

ETO CRUZ, G. (1992) *La inconstitucionalidad por omisión*. Doctrina constitucional. Trujillo: Editorial Trujillo, primera edición.

ETO CRUZ, G. (2013) *“TRATADO DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO”*, Lima: Editorial el búho, primera edición.

FERRATER, J. (1981). *Diccionario de Filosofía: tomo II*, Buenos Aires. Editorial Sudamericana, primera edición.

HORACIO OBLIGADO, D. (2005) *Medios impugnatorios del proceso penal: presentación y opinión. Garantías, medidas cautelares e imputaciones en el proceso penal*. Editorial Jurídica Nova Tesis, primera edición.

HURTADO POZO, J. (2004) *LA REFORMA DEL PROCESO PENAL PERUANO ANUARIO DE DERECHO PENAL 2004*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Primera edición.

IBERICO CASTAÑEDA, L. (2011) *Estudio introductorio de la impugnación y el recurso de casación en el Nuevo Código Procesal Penal. Anuario de derecho Penal, Económico y de la Empresa.*, Lima: Editado por el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), primera edición.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2007) *Tratado de derecho procesal penal. Volumen II*, Navarra: Thomson – Aranzadi., segunda edición.

MONTERO AROCA, J. (2008) *Proceso penal y libertad, ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Navarra: Aranzadi, primera edición.

NUÑEZ PÉREZ, F. (2013) *La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: GRIJLEY, primera edición.

PAVA LUGO, M. (2009) *La defensa en el sistema acusatorio*. Bogotá: Editoriales Jurídicas Andrés Morales, primera edición.

PEÑA CABRERA FREYRE, R. (2006) *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*.

Lima: Editorial RHODAS, primera edición.

ROCOVICH, M. (2005) *El recurso de casación ¿satisface la garantía de la doble instancia? Garantías, medidas cautelares e imputaciones en el proceso penal*.

Buenos Aires: Editorial jurídica NOVA TESIS, Primera edición.

SAGÜÉS, NÉSTOR. P. (2002), “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la Inconstitucionalidad por Omisión”, en VEGA GÓMEZ, JUAN y CORZO SOSA, EDGAR (Coordinadores), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición.

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2006) *Derecho Procesal Penal, Tomo II*, Lima: GRIJLEY, segunda edición.

SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. (2006) *Derecho procesal penal. Volumen II*. Lima: Editora Jurídica GRIJLEY, segunda edición.

2.- ARTICULOS DE INTERNET:

CAMUSSO, J. “La Inconstitucionalidad por Omisión como vía para lograr la efectividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, desarrollado en el marco del programa de becas de pregrado del CIJS por Juan Martín Camusso y con la dirección del Dr. Antonio María Hernández. Pág. 841. EN: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-013/index/assoc/D4635.dir/sec10008a.pdf> - Información obtenida con fecha 01/08/2014.

CRIOLLO MAYORGA, G. LA GARANTÍA DEL DOBLE CONFORME Y EL RECURSO DE CASACIÓN, Pág. 4, en:

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2010/03/17/la-garantia-del-doble-conforme-y-el-recurso-de-casacion> - Información obtenida con fecha 05/08/2014.

MÉNDEZ A, MANRIQUE E, MOLLEDA C. *Análisis y Síntesis* citados por MORALES MODENESI, M. EN: [Internet]. Universidad Politécnica de Madrid. Disponible en: <http://investigar1.files.wordpress.com/2010/05/anc3a1lisis-y-sc3adntesis-y-comprensic3b3n-lectora.pdf> - Información obtenida con fecha 07/08/2014.

NEYRA FLORES, J. *EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 01-2007*. (2009) en:

[http://www.justiciayderecho.org/revista1/articulos/ARTICULO%20DE%20CASACION%20DR\[1\]\[1\]\[1\].%20NEYRA.pdf](http://www.justiciayderecho.org/revista1/articulos/ARTICULO%20DE%20CASACION%20DR[1][1][1].%20NEYRA.pdf) - Información obtenida con fecha 06/08/2014.

RUIZ LIMÓN R. *Análisis y Síntesis. Historia y evolución del pensamiento científico* [Internet]. Málaga: Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales; 2007. p. 1–3 en <http://www.eumed.net/libros-gratis/2007b/283/45.htm> - Información obtenida con fecha 03/08/2014.

SÁNCHEZ PÉREZ, C. *Inconstitucionalidad Por Omisión: El Tribunal Constitucional Peruano Como Legislador Positivo*. Pág. 4 En: http://www.ejamasesores.com/files/Inconstitucionalidad_por_omision_Christian_Sanchez.pdf - Información obtenida con fecha 23/08/2014.

SOLANO AYALA, J. *LA GARANTÍA DEL “DOBLE CONFORME” Y EL RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA*, pág. 1, en: http://www.justiciasanluis.gov.ar/wp-content/uploads/2013/10/archivos_Academico_La_garant%C3%ADa_del_doble_conforme_y_el_recurso.pdf - Información obtenida con fecha 02/08/2014.

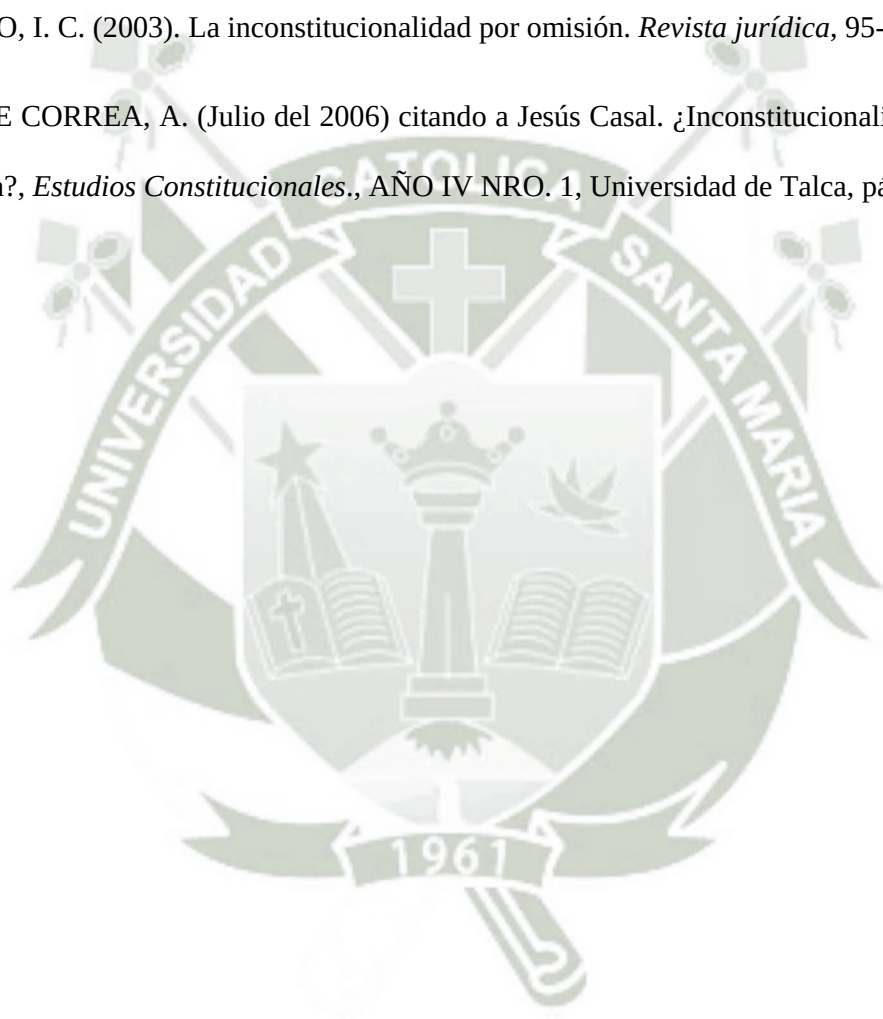
3.- REVISTAS:

CURRÁS, E. (1999) Dialéctica en la organización del conocimiento. *Universidad Autónoma de Madrid*. Organ. Conoc. Sist. inf. Doc. 3 23-43, pág. 1.

Novena Época, Pleno (1999), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, agosto de 1999, tesis P./J.73/99, página 18.

PATÍÑO, I. C. (2003). La inconstitucionalidad por omisión. *Revista jurídica*, 95-105.

QUISPE CORREA, A. (Julio del 2006) citando a Jesús Casal. ¿Inconstitucionalidad por omisión?, *Estudios Constitucionales*., AÑO IV NRO. 1, Universidad de Talca, pág. 244



Bibliografía capítulo V

1.- LIBROS:

ACERO, R. (2004) *Algunos aspectos críticos del sistema acusatorio*, Bogotá: Ediciones ciencia y derecho, primera edición.

ALEXY, R. (1997) *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, primera edición.

AVELLA FRANCO, P. (2007), *Estructura del Proceso Penal Acusatorio*, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, primera edición.

CALAMANDREI, P. (1959), *Casación civil*, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, tercera edición.

CARP, R. A. & STIDHAM, R. (2001), *The Federal Courts*, Washigton: Ed. Congressional Quartely, fifth edition.

CASTILLO CORDOBA, L. (2008) *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima: Fondo editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú, primera edición.

CHINCHAY CASTILLO, A. (2012), *Estudios sobre los medios impugnatorios en el Proceso Penal*, Lima: Editorial el búho, primera edición.

CONEJO AGUILAR, M. (2008) *Medios de Impugnación y defensa penal*, Lima: Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, primera edición.

DAMASKA, M. (1997) *Evidence law drift*, Yale: Univesrsity press, United States, first edition.

FORREST G. ALOGNA. (2011) *Double jeopardy, acquittal appeals, and the law-fact distinction*. *Cornel law review*, first edition.

GARGARELLA, R. (1999) *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Un breve manual de filosofía política, Barcelona: Editorial Paidós, primera edición.

GELLI, M. (2006) *Constitución de la nación argentina. comentada y anotada*, Buenos aires: Editorial La Ley, segunda edición.

GOMÉZ COLOMER, J. (2008), *La reforma estructural del proceso penal y la elección del modelo a seguir*, Anuario de derecho penal, vol. XXX, primera edición.

HORVITZ LENNON, M. & LÓPEZ MASLE, J. (2004), *Derecho procesal penal chileno – Tomo II*, Santiago de Chile: Editorial jurídica Chile, primera edición.

JAUCHEN, E. (2012) *Tratado de Derecho Procesal Penal - Tomo III*, Santa fe: Editores Rubinzal Culzoni, primera edición.

MAIER, J. (2003) *Derecho procesal. Fundamentos*, Buenos Aires: editorial del puerto, tercera edición.

MAIER, J. (1997) *El recurso del condenado contra la sentencia de condena ¿una garantía procesal?*, LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES LOCALES, Buenos Aires: Editoriales del puerto, primera edición.

MAIER, J. (2003) *Derecho procesal TOMO II*, Buenos Aires: editorial del puerto, tercera edición.

MAIER, J. (2001) *Derecho procesal penal argentino*, tomo I - fundamentos, Buenos aires: editorial Hammurabi, primera edición.

Mensaje del ejecutivo en código procesal penal (2002), Santiago de Chile: editorial jurídica de Chile, segunda edición.

NUÑEZ PÉREZ, F. (2013) *La condena del imputado absuelto en instancia única y el recurso de casación en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima: GRIJLEY, primera edición.

PEREIRA ANABALON, H. (1999) *Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal*, gaceta jurídica n.- 223, Santiago de Chile: editorial jurídica Conosur, primera edición.

PFEFFER URQUIAGA, E. (2001) *Código procesal penal anotado y comentado*, Santiago de Chile: editorial jurídica de Chile, primera edición.

PIERO VERA, A. (2006) *Los recursos en las audiencias preliminares y previas al juicio oral, el proceso penal acusatorio colombiano*, tomo III roles de los intervinientes, Bogotá: ediciones jurídicas Andrés Morales, primera edición.

PLATON (1988), *DIALOGOS IV - La república*, Madrid: Editorial GREDOS, primera edición.

PRIETO SANCHÍS, L. (2005) *Apuntes de teoría del Derecho*, Primera Edición. Madrid: Editorial Trotta, segunda edición.

RAMÓN GAVERNET R. & MOJER. M. (1992) *El Romano, la tierra, las armas. Evolución histórica de las Instituciones del Derecho Romano*. La plata: Editorial Lex., primera edición.

RAWLS, John (1993) *Teoría de la Justicia* (traducción de María Dolores González), Buenos aires: Editorial Fondo del Cultura Económica, segunda edición.

RUBIO CORREA, M. (2011). *EL SISTEMA JURÍDICO - Introducción al Derecho*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sexta edición.

SALAS ARENAS, J. (2011), *Condena del absuelto – Reformatio in peius cualitativa*, Lima: Ediciones IDEMSA, primera edición.

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2006) *DERECHO PROCESAL PENAL – Tomo I*, Lima: Editorial jurídica GRIJLEY, segunda edición.

SERRANO CALDERA, A. (2004) *Legalidad, legitimidad y poder en Nicaragua*, Managua: Fundación Friedrich Ebert, primera edición.

THAMAN, STEPHEN C. (2005), “La dicotomía acusatorio-inquisitivo en la jurisprudencia constitucional de Estados Unidos”. En: *Constitución y Sistema Acusatorio. Un estudio de Derecho Comparado*, Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett (compiladores), Universidad Externado de Colombia, pág. 173-174.

2.-ARTICULOS DE INTERNET:

ARISTÓTELES, *POLÍTICA, LIBRO II* y *ÉTICA A NICOMANO, LIBRO V*, citado por GOSEPATH, S. “Equality”, the Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter, 2001 edition), Edward N. Zalta (ed.), en:

<http://plato.stanford.edu/archives/win2001/entries/equality/> - Información obtenida con fecha 15/08/2014.

CABALLERO GARCÍA, J. *LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWL*, Pág. 5.
En:

http://www.uia.mx/actividades/publicaciones/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf - Información obtenida con fecha 15/08/2014.

CASTRO OSPINA, S., ALBARRACÍN DURÁN, D. & ARIAS DUQUE, J. (26 de Abril del 2005), *MANEJO DE LOS RECURSOS EN EL NUEVO ESTATUTO*

PROCESAL PENAL COLOMBIANO. En:

[http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CO
NSEJO%20SUPERIOR/sistema%20penal%20acusatorio/conversatorio/RECURSOS.do
c](http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/ALTAS%20CORTES/CO
NSEJO%20SUPERIOR/sistema%20penal%20acusatorio/conversatorio/RECURSOS.do
c) - Información obtenida con fecha 12/08/2014.

CIEZA MONTENEGRO, D.; CHUMIOQUE DELGADO, E. & OTROS. *LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD EN EL SISTEMA JURIDICO Y POLITICO*, UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES - Sección POST-GRADO, Pág. 1. EN:

[http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/LEGALIDAD%20Y%20LEGITI
MIDAD%20EN%20EL%20SISTEMA%20JURIDICO%20Y%20POLITICO_2008/LE
GALIDAD_Y_LEGITIMIDAD_EN_EL_SISTEMA_JURIDICO_Y_POLITICO.PDF](http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/LEGALIDAD%20Y%20LEGITI
MIDAD%20EN%20EL%20SISTEMA%20JURIDICO%20Y%20POLITICO_2008/LE
GALIDAD_Y_LEGITIMIDAD_EN_EL_SISTEMA_JURIDICO_Y_POLITICO.PDF)

DEL VALLE MORENO, L. (2010). En: *CONGRESO NACIONAL SOBRE LA IMPUGNACIÓN EN EL PROCESO PENAL CELEBRADO EN LA PLATA*. La plata, EN: <http://institutoprocesalpenal.blogspot.com/2010/10/congreso-nacional-sobre-impugnacion-en.html> - Información obtenida con fecha 17/08/2014.

ORE GUARDIA, A. *OPINIÓN PARA VI PLENO JURISDICCIONAL DE LA CORTE SUPREMA TEMA: LA CONDENA DEL ABSUELTO* (7 de septiembre del 2010), pág. 2-3, EN:

[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2AN54JujWLQJ:www.incipp.o
rg.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf+&cd=1&hl=es&ct=
clnk&gl=pe](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:2AN54JujWLQJ:www.incipp.o
rg.pe/media/uploads/documentos/incipp_condena_del_absuelto.pdf+&cd=1&hl=es&ct=
clnk&gl=pe) - Información obtenida con fecha 17/08/2014.

ORTIZ GASPAR, D. *El divorcio entre legalidad y legitimidad de las normas legales en el Perú*, LEX WEW.CL. EN: <http://www.lexweb.cl/el-divorcio-entre-legalidad-y-legitimidad-de-las-normas-legales-en-el-peru> - Información obtenida con fecha 13/08/2014.

ROJAS ULLOA, M. (2009), *Importancia del derecho comparado en el siglo XXI*, SAPERE, EDICIÓN NRO. 6, Pág. 2, EN:

http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Articulo_de_Investigacion_Juridica.pdf - Información obtenida con fecha 16/08/2014.

SARTRE, J. *EL EXISTENCIALISMO ES UN HUMANISMO*, pág. 4. EN:
<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/766.pdf> - Información obtenida con fecha 23/08/2014.

3.- REVISTAS:

ANSELMINO, V. (2013) “*Ne bis idem*” *La prohibición contra la doble persecución penal*, ANALES N° 43 - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata.

BAQUERIZO MINUCHE, J. (2009) Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación, *Revista Jurídica de Derecho Público Tomo I*, Universidad Católica de Guayaquil – Ecuador, Pág.21.

COHEN, G. (1996) “Si usted es igualitario, ¿cómo puede ser tan rico?” (Trad. de Martín HEVIA), Ponencia presentada en el Seminario sobre Derecho y Filosofía Política en la Universidad Torcuato Di Tella el 25 de noviembre de 1996 y publicada en *Revista argentina de teoría jurídica*, N° 1, vol. 1.

FERRAJOLI, L. (2001) Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia, en *CRIMEN Y CASTIGO*, año I, agosto del 2001, n.- 001, editorial de palma, Buenos Aires, pág. 39.

GARCÍA GARCÍA, S. (2011) *El Procedimiento Penal*. En: Diplomado El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la Perspectiva Constitucional (Ciudad de México, Marzo y septiembre del 2011): El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional. México: Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación, 2011, pág. 286.

GÁNEM HERNANDEEZ, E. (2004) La reforma procesal penal federal en México. Dirigida por Juan-Luis GOMEZ COLOMER. Tesis doctoral inédita. Universidad Jaime I de Castellon, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas.

JACOBS, J. (Julio del 2001), Evolución del Derecho Penal de Estados Unidos, *TEMAS DE LA DEMOCRACIA-LA JUSTICIA PENAL EN ESTADOS UNIDOS, PERIÓDICO ELECTRÓNICO DEL DEPARTAMENTO DE ESTADO DE E STADOS UNIDOS* Vol. 6 numero I, pág. 8-9.

JAUCHEN, E. (2007) Derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior. La injerencia en los derechos fundamentales del imputado – I, *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2007-1, Director. Edgardo Alberto Donna, pág. 61.

MÉNDEZ, N. & LÓPEZ, J. (2005) Validez, eficacia y legitimidad de la norma jurídica: ¿QUÉ LA HACE EXIGIBLE?, *DE JURE, BARCO DE PAPEL*, II ETAPA VOL. III, NUM. 2, DICIEMBRE 2005, Pág. 4

MORÁN GARCIA, G. (2002), El derecho comparado como disciplina jurídica: La importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico, *Anuario de la facultad de derecho de la universidad de Coruña*, Volumen Nro. 6, pág. 501.

PEREIRA ANABALON, H. (1999) Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal, *gaceta jurídica n.- 223*, editorial jurídica Conosur, Santiago, noviembre 1999, página 21

VARGAS YSLA, R. (2012) LA CONDENA DEL ABSUELTO EN EL CPP Y SUS IMPLICANCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA VS. DOBLE INSTANCIA (UN PEQUEÑO GRAN SACRIFICIO), *Gaceta Procesal Penal Tomo 35*, Mayo 2012, Edición: El bubo, págs. 289-290.

VIDAL MOLINA, P. (2009) La teoría de la justicia social en Rawls. ¿Suficiente para enfrentar las consecuencias del capitalismo? *Revista de la Universidad Bolivariana*, Volumen 8, N° 23, pág. 232.

VILLALOBOS, H. (DOMINGO 19 DE FEBRERO DEL 2012), Perú perdió todos los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *EL COMERCIO*, pág. 7

4.- VIDEOS:

CADAVID BOTERO, M. (2014). *Conferencia magistral: La prueba de oficio en el proceso penal acusatorio*. En el IV congreso internacional de Derecho Procesal Penal llevado a cabo en la ciudad de Arequipa del 13-15 de agosto del 2014.

NUÑEZ PERÉZ, F. (2014) *CONDENA DEL ABSUELTO {VIDEO}*, min. 32 Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=h6YrmJAY9iY>

TVUNSA (2012), *VICTOR APAZA - santo popular de Arequipa {VIDEO}*, Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=0uAM5ZWSnF4>

5.- TESIS:

PEREZ CEBADERA, M. (2001) En, tesis doctoral: *Las instrucciones al jurado*, Tesis de doctorado, Universidad Jaume I Castello.

Jurisprudencia

1.- SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO:

STC EXP. N. - 604-2001-HC/TC

STC EXP. N. - 1223-2002-HC/TC

STC EXP. N. - 1918-2002-HC/TC

STC EXP. N.-005-2003-AI/TC

STC EXP. N.-0140-2003-PI/TC

STC EXP. N.-0047-2004-AI/TC

STC EXP. N.-3261-2005-AA/TC

STC EXP. N.-0020-2005-PI/TC

STC EXP. N. - 7566-2005-PA/TC

STC EXP. N. - 2596-2005-PA /TC

STC EXP. N. - 007-2007-AI/TC

STC EXP. N. - 1014-2007-PHC/TC

STC EXP. N. - 4235-2010-HC /TC

2.- CASOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

CASO BAENA RICARDO Y OTROS VS. PANAMÁ. SENTENCIA (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 2 de febrero de 2001.

CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA, SENTENCIA (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 17 de Noviembre de 2009.

CASO CASTILLO PETRUZZI Y OTROS VS. PERÚ (voto concurrente razonado del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo), SENTENCIA (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30 de mayo de 1999.

CASO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA, SENTENCIA (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de julio de 2004.

CASO MOHAMED VS. ARGENTINA. SENTENCIA Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia
23 de noviembre de 2012.

✓ Informe No. 173/10, CASO MOHAMED (11.618), 2 de noviembre de 2010.

3.- CASOS DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS:

CASO CESARIO GÓMEZ VÁZQUEZ VS. ESPAÑA

CASO MANUEL SINIEIRO FERNÁNDEZ VS. ESPAÑA

COMUNICACIÓN NO. 64/1979 DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS
NACIONES UNIDAS.

OBSERVACIÓN GENERAL N° 32 DE COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS
NACIONES UNIDAS.

4.- SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DEL PERÚ:

CONSULTA N° 2491-2010/AREQUIPA

CASACIÓN 195-2012-MOQUEGUA

5.- SENTENCIAS DE LA SALAS CIVILES DEL PERÚ:

STC EXP. N. - 151-98-AREQUIPA.

6.- SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS:

UNITED STATES VS. BALL. 163 U.S. 662.

UNITED STATES V. SCOTT. 437 U.S. 82, 91.

BENTON VS. MARYLAND. 395 U.S. 784.

ARIZONA VS. WASHINGTON. 434 U.S. 497.

OREGON VS. KENNEDY. 355 U.S. 184, 187, 188.





CONSULTA 2491-2010-AREQUIPA

CONSUITA 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 ses/ehuatro, 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

No 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

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

extraordinario, cuyo objetivo consiste en la aplicación correcta por los jueces de mérito del derecho positivo; y e) en la jurisdicción fundamental internacional, la Corte Interamericana de Derechos Hum ,nos ordenó en el caso Mauricio Herrera, el dos de julio del dos m!J/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 sólo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un sunerior 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 mas 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 aquél 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

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

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 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.

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

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 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.

SETIMO: 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* sólo pueda absolver al condenado cuando éste 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.

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

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 jurídico 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.

DECIMO: 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 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.

DECIMO 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

CONSULTA 2491 - 2010

AREQUIPA

1\

/DÉCIMO SEGUNDO: Que, en consecuencia, de acuerdo a lo

DECIMOTERCERO: Que, por lo expuesto, al no advertirse del análisis

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

CONSULTA 2491 - 2010
AREQUIPA

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.*
S.S.

TAVARA CORDOVA

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

MAC RAE THAYS

ARAUJO SANCHEZ

CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
Secretaría
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

MAR. 2011

CASACIÓN 195-2012-MOQUEGUA





CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN No 195 - 2012
MOQUEGUA

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de setiembre de dos mil trece.-

VISTOS: en audiencia pública; el recurso de casación para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar, contra la sentencia de vista de fojas trescientos veintinueve, de fecha veintiocho de marzo de dos mil doce, que revoca la sentencia de fojas ciento setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, en el extremo que absolvió a los antes citados del primer hecho que se les ambuyó (descrito en el acópito uno punto uno de la parte expositiva), por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro; reformándola: condenaron a los antes aludidos como cómplices primarios del delito antes indicado en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; les impuso la pena de inhabilitación consistente en la privación definitiva del cargo que ejercían en la administración pública, así como la incapacidad de obtener otro mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el término de un año fijó por concepto de reparación civil la suma de dos mil doscientos cincuenta nuevos soles que por concepto de restitución del dinero apropiado e indemnización de los daños y perjuicios, deberán pagar en forma solidaria con el también condenado Mauricio José Nina Juárez a favor del Estado, a razón del cincuenta por ciento a favor de la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro y cincuenta por ciento a favor del Ministerio de Justicia representado por el Procurador Público Anticorrupción de Moquegua.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado.

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Del itinerario del proceso en Primera Instancia.

PRIMERO: Los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar fueron procesados penalmente. En arreglo al nuevo Código Procesal Penal. Que el señor Fiscal Provincial Mixto de la Fiscalía Provincial Mixta de General Sánchez Cerro, mediante requerimiento de fojas sesenta y tres, de fecha diecisiete de marzo de dos mil



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

once, formuló acusación contra los precitados por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado.

SEGUNDO: Que, a fojas noventa y seis obra el acta de registro de continuación de control de requerimiento mixto (acusación), llevada a cabo por el Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de Omate. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Unipersonal de la Provincia de Sánchez Cerro de fecha veintisiete de abril de dos mil once que obra a fojas ciento veintiuno.

TERCERO: Seguido el juicio de primera instancia - como se advierte de las actas de fojas Ciento veintiséis a fojas ciento setenta -, el Juzgado Unipersonal de la Provincia de General Sánchez Cerro dictó la sentencia de fojas ciento setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, que absolvió a Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado.

CUARTO: Contra la referida sentencia el señor Representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación por escrito fundamentado a fojas doscientos diez. Este recurso fue concedido por auto de fojas doscientos diecisiete, de fecha cinco de octubre de dos mil once.

11. Del trámite recursal en Segunda Instancia.

PRIMERO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, culminada la fase de traslado de la impugnación y no habiendo presentado recurso el representante del Ministerio Público (apelante), emplazó a las partes a fin de que concurran a la audiencia de apelación de sentencia.

SEGUNDO: Realizada la audiencia de apelación conforme aparece del acta de fojas trescientos veintidós, continuada a fojas trescientos veinticinco, se declaró cerrado el debate y suspendió la audiencia para la expedición y lectura de la sentencia de vista.

TERCERO: La Sala Penal de Apelaciones emitió la sentencia de vista de fojas trescientos veintinueve, de fecha veintiocho de marzo de dos mil doce, - en lo que respecta al extremo que es materia de casación - revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, en el extremo que absolvió a Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar del primer hecho que se les atribuyó (descrito en el acápite uno punto uno de la parte expositiva), por el



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado a través de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro; y reformándola: condenó a Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar como cómplices primarios y responsables del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado a través de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; les impuso la pena de inhabilitación consistente en la privación definitiva del cargo que ejercen en la administración pública, así como la incapacidad de obtener otro mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el término de un año y fijó por concepto de reparación civil la suma de dos mil doscientos cincuenta nuevos soles que por concepto de restitución del dinero apropiado e indemnización de los daños y perjuicios, deberán pagar en forma solidaria con el también condenado Mauricio José Nina Juárez a favor del Estado, a razón del cincuenta por ciento a favor de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro y cincuenta por ciento a favor del Ministerio de Justicia representado por el Procurador Público Anticorrupción de Moquegua. • • •

111.- Del Trámite del recurso de casación.

PRIMERO: Llega la sentencia de vista, los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar interpusieron recurso de casación que fundamentaron los dos últimos mediante escrito de fojas trescientos setenta y ocho y el primero a través de su escrito de fojas trescientos noventa y cuatro, los cuales fueron concedidos por resoluciones de fojas trescientos ochenta y cinco y cuatrocientos, ambas de fecha diecisiete de abril de dos mil doce. Elevados los autos a esta Suprema Instancia y cumplido el respectivo trámite de traslado, esta Sala de Casación mediante auto de calificación de fojas veintiocho, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil doce del cuadernillo formado en esta Instancia Suprema declaró en concedidos los citados recursos para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a si es posible aplicar la norma procesal que faculta a la Sala de Apelaciones condenar al absuelto en primera instancia sin tener en cuenta la posibilidad de apelar dicho fallo.

DO: Instruido el expediente en Secretaría, se señaló fecha para la audiencia de casación el día cinco de setiembre de dos mil trece. Instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, con intervención de las partes, el estado de la causa es la de **tencia**; advirtiéndose que los recurrentes Henry Froilan Coayla



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 • 2012
MOQUEGUA

Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar no concurrieron pese a estar debidamente notificados, lo cual da lugar a que se declare inadmisibile el recurso de casación en relación a estos dos impugnantes de conformidad con lo previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y uno del Código Procesal Penal.

TERCERO: Deliberada la causa en secreto y votada con arreglo a ley, esta Suprema Sala cumple con emitir 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 tres de octubre de dos mil trece a las ocho horas con treinta minutos de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Delómbito de la casación.

PRIMERO: Conforme se indicó en los fundamentos jurídicos sétimo al noveno de la Ejecutoria Suprema de fojas veintiocho, de fecha veinticuatro de agosto de DOS mil doce -del cuadernillo formado en esta Instanció Suprema-, el motivo de casación admitido se circunscribe al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la "condenación del absuelto".

SEGUNDO: Que, al respecto los recurrentes de manera coincidente alegan que el Colegiado Superior revocó la sentencia absolutoria sin que se haya actuado prueba de cargo por el Ministerio Público; señalan que se les imputó dos hechos fácticos, uno de ellos, por haber pagado indebidamente, conjuntamente con sus coencausados, a ocho trabajadores que no laboraron el día veintitrés de julio de dos mil ocho; sin embargo, en la sentencia de vista se les condenó por haber pagado indebidamente a doce trabajadores surtiendo de esta manera en flagrante vulneración al principio acusatorio; del mismo modo, sostienen que se inobservaron las normas procesales referidas a la presunción de inocencia, la garantía de la titularidad de la acción penal, legitimidad de la prueba, derecho de defensa, objeto de la prueba, medios de prueba, valoración de la prueba, acusación fiscal y al auto de enjuiciamiento; finalmente, indican que se desarrolle como doctrina jurisprudencial ¿Si la Sala Penal de Apelaciones puede revocar una sentencia absolutoria para luego condenar sin haber actuado prueba de cargo por el representante del Ministerio Público, sin la posibilidad de apelar la decisión limitándose sólo a interponer el recurso de casación?.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN No 195-2012
MOQUEGUA

TERCERO: Al respecto, el Tribunal Supremo en la Ejecutoria de fojas veintiocho, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil doce -del cuadernillo formado en esta instancia suprema-, estimó que algunos jueces consideran que el hecho de condenar al absuelto trasgrede la vigencia de principios elementales del juicio, como son la oralidad, contradicción e inmediación y, por ende, normas que contravienen el debido proceso, en tanto limita de manera drástica el derecho al recurso del encausado, menoscabando el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en la medida que la condena del absuelto es el primer fallo en causar agravio al imputado; por lo que, luego de analizar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación el Supremo Tribunal indicó que la postulación formulada por los recurrentes es acorde con lo previsto por el inciso tres del artículo cuatrocientos treinta del Código Procesal Penal, pues expresaron de manera lógica y sistemática, coherente y técnica argumentos referidos al desarrollo de la doctrina jurisprudencial en cuanto a la aplicación de la norma procesal que faculta a la Sala Penal de apelaciones condenar al absuelto sin tener esta posibilidad de apelar dicho fallo, es decir, cumplieron el requisito ineludible que garantiza el acceso a la casación excepcional. a fin de determinar por la máxima instancia del país reglas interpretativas coherentes y únicas que garanticen el valor seguridad jurídica y el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley.

11.- De la sentencia de primera Instancia.

CUARTO: La sentencia de primera instancia precisó que en autos no está demostrado, en el caso de los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Frollan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar, que en su condición de servidores públicos, se hayan apropiado o hayan utilizado, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia, les estén confiados por razón de su cargo; pues que si sepa o haya sido demostrado, a estos tres servidores públicos, no se les ha adjudicado o se les ha confiado; o, en todo caso, no han percibido en administración o custodia por razón de su cargo, caudales o efectos, que se hayan apropiado en beneficio propio o de terceros. O en todo caso, para el caso del Ingeniero Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, a quien se le atribuye un cargo extra como a su coencausado Mauricio José Nina Juárez, es decir, haber incrementado sin la sustentación técnica y justificación correspondiente y en el lapso de sólo siete días, el presupuesto de las obras "Mejoramiento de Canal de Riego "La Retama" y "Manzanayo", para también facilitar y permitir autorizar el pago de remuneraciones a ocho trabajadores en la "Obra de

de Canal Manzanayo"; sin q



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

efectiva el día veintitrés de julio de dos mil ocho; empero, preceptúa el Juzgado que este hecho no está probado, pues si bien el encausado Jorge Manuel Sotomayor Vildoso cometió irregularidades, estas no constituyen delito de peculado, en tanto no se le entregó caudales o efectos o bienes del Estado, bajo su custodia para fines de administración o similares.

- De la sentencia de segunda Instancia.

QUINTO: La sentencia de vista impugnada en casación estimó que la prueba actuada determinó que el encausado Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, en su calidad de Ingeniero Residente de obr. en el plan criminal desarrollado por todos los procesados se encargó de consignar en las hojas de tareas a personal que no laboró para la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro el veintitrés de julio de dos mil ocho, conforme a su contrato de trabajo, en tanto de la prueba documental el citado encausado era el responsable directo de controlar la asistencia del personal, en contra de ello, con la elaboración de dichas hojas y al suscribir las, burló su obligación, siendo que al consignar información falsa, también faltó a la verdad; que, del mismo modo, el encausado Henry Froilán Coayla Apaza, en su calidad de Supervisor o Inspector de Obras, encargado de la Subgerencia de Supervisión y Liquidación de Proyectos no cumplió con su deber de control o supervisión de las obras en ejecución que como función específica le asignaba el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad agraviada, en concreto no verificó la asistencia regular del personal a la obra en cuestión asumiendo en este sentido una conducta omisiva, la cual era necesaria a los fines de esconder la apropiación de dineros mediante el pago a "trabajadores fantasmas"; que, en lo concerniente al encausado Luis Enrique Rodríguez Cuellar, en su calidad de Gerente de Obras Públicas permitió que la actividad se produjera, como actos positivos de pretendido y fallido encubrimiento del delito -pero que a la vez demuestran- elaboró el Informe número mil doscientos treinta y nueve – dos mil ocho- GOPDU/MPGSC de fecha veintitrés de julio de dos mil ocho, con el que solicitó la ilegal compensación de un día de trabajo para algunas personas, por tanto incumplió su deber de supervisar con apego a la realidad el proyecto de inversión de emitir informes, que como funciones específicas le asignaba el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad agraviada, en conclusión también formó parte del plan delictivo.

tar



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

111.- Del motivo casacional para el desahollo de la doctrina jurisprudencial relacionada con la condena delabsuelto.

SEXTO:Que,nuestro ordenamiento jurídico nacional contempla en los artículos cuatrocientos diecinueve numeral dos¹ y cuatrocientos veinticinco numeral b) del nuevo Código Procesal Penal², los supuestos de revocación del fallo absolutorio por uno condenatorio, en base a la actuación y valoración de prueba nueva en la audiencia de apelación, entendida como aquella que desconocida o que fueron indebidamente denegadas o las no practicadas en primera instancia.

c. SÁI MO:Que en aplicación de dichas normas, la sentencia recurrida condenó a los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilón Coayla Paz y Luis Enrique Rodríguez Cuellar, quienes habrían sido previamente absueltos de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial General Sánchez Cerro.

OCTAVO:Que, en el presente caso, se cuestiona la constitucionalidad de las normas que faculta al juzgador de segunda instancia -Sala de Apelaciones- revocar la sentencia absolutoria de primera instancia y al reformarla emitir pronunciamiento condenatorio, en tanto no sólo se oponen al derecho constitucional a la pluralidad de la instancia sino también a las garantías genéricas del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva previstos en los artículos seis y tres del artículo ciento treinta y nueve, respectivamente de la Constitución Política del Estado.

NOVENO:Que, en consecuencia, el núcleo problemático reside en esclarecer el derecho a la pluralidad de la instancia en materia penal implica: doble conforme o simplemente doble instancia al margen de quien impugne la

Artículo 419 Facultades de la Sala Penal Superior.-

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

Artículo 425 Sentencia de Segunda Instancia.-

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

b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria

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.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

primera decisión; y, en el primer caso, si nuestro sistema procesal de impugnación habilita la posibilidad de mantener la condena del absuelto. En efecto, en la doctrina se advierten argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de dichas normas procesales penales.

CIMO: Que, un precedente ineludible a tener en cuenta es el abordado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver, con fecha catorce de setiembre de dos mil diez, la Consulta número dos mil cuatrocientos noventa y uno guión dos mil diez, elevada por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, la que por considerar inconstitucional, declaró inaplicable el citado artículo cuatrocientos veinticinco apartado. tres literal b) del Código Procesal Penal. En dicha oportunidad el mencionado órgano jurisdiccional desaprobó la resolución consultada, justificando la constitucionalidad de la norma en mención, esencialmente bajo los siguientes argumentos: 1) tal disposición es reconocida en condiciones de igualdad tanto a la parte

- 1 acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el ad quem sólo pueda absolver al condenado cuando éste cuestione la condena, pero no pueda condenar al absuelto cuando la parte acusadora cuestione, precisamente con su recurso, tal absolución (...) 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; U) que la pluralidad de la instancia se agota con el doble examen de la causa en instancias diferentes, al margen de quien haya sido el impugnante, no tándose ésta en la medida en que, en estricto, lo que se reconoce en dicha norma se satisface como mínimo 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 reejer sobre el primero -considerando quinto y sétimo de la citada sentencia-; y, D) que el recurso de apelación no permite arribar a una conclusión que implique una *reformatio in peius* para el procesado -véase considerando sexto de la aludida sentencia-.

- - • • • O PRIMERO: En vista a ello, una primera cuestión a dilucidar debe ser la pregunta ¿Esta Sala Penal de la Corte Suprema en el presente caso tiene competencia para volver a discutir la validez de una norma cuya constitucionalidad ha sido afirmada por una Sala Constitucional de la misma Corte, tras el trámite de consulta regulado en el artículo catorce de la Ley Orgánica del Poder Judicial?. La respuesta es afirmativa, y las razones esencialmente son: 1) renovada argumentación a favor de la



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195- 2012
MOQUEGUA

10

inconstitucionalidad de la norma que regula la "condena del absuelto", con base a normatividad y jurisprudencia internacional no comprendida dentro de las consideraciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema; y, 0) la emisión de una sentencia expedida por el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad -así reconocido por el artículo uno de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional- respecto al contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias.

D CIMO SEGUNDO: Que, en el caso de autos, se tiene que la condena de los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodriguez Cuellar por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado fue impuesta por primera vez en segunda instancia mediante sentencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, en la cual ésta revocó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Unipersonal de la Provincia de General Sánchez Cerro, por lo que a efecto de determinar si la condena de los absueltos vulnera el derecho a la pluralidad de la instancia, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, es menester analizar nuestra normatividad nacional e internacional de la cual formamos parte.

12.1.- De la normatividad esencial nacional e internacional.

12.1.1.- La Constitución Política del Estado en su artículo ciento treinta y nueve inciso seis, consagra como principio y derecho de la función jurisdiccional la pluralidad de la instancia. Tal norma está regulada en clave de principio, esto es, que sus condiciones de aplicación no están expresamente definidas, por lo que corresponde al intérprete efectuar un desarrollo de su contenido.

12.1.2.- Sin embargo, conforme lo establece el artículo cincuenta y cinco de nuestra Constitución: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional", y en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, prescribe que: "*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*". Perspectiva normativa desde la cual es posible afirmar que el contenido del principio de la pluralidad de la instancia regulado, así, por nuestra Constitución, se encuentra integrado con lo establecido por el artículo catorce inciso quinto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PJDGP) por cuanto al respecto consigna



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195-2012
MOQUEGUA

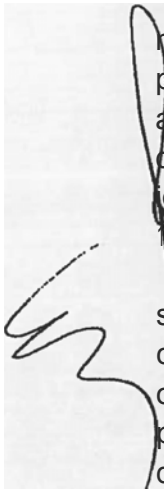
que: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley"; y lo fijado en el artículo ocho de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto sostiene que: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

12.1.3.- Del solo desentrañamiento semántico de estos dispositivos normativos internacionales, y particularmente del PIDCP, emerge con claridad que específicamente en materia criminal -justamente, en la que el Estado a través del *punishment* despliega su máxima capacidad de intervención en los derechos fundamentales de las personas, especialmente en el derecho a la libertad personal- el principio de la pluralidad de la instancia despliega su mayor alcance garantista, exigiendo, más allá de cuánto sea la configuración del sistema impugnatorio interno de cada país, que una decisión condenatoria tenga siempre la posibilidad de ser revisada por un tribunal jerárquicamente superior al que la emitió. Esta interpretación para considerarla suficiente debe responder a la pregunta ¿el enunciado interpretado posee algún margen, más o menos amplio de indeterminación? La respuesta es negativa. Los términos empleados son suficientemente unívocos para guiar y delimitar la capacidad reguladora del legislador en el sistema de recursos en materia penal, el enunciado "tendrá derecho a que el fallo condenatorio y pena que se ya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior" no se compone de conceptos vagos o imprecisos, antes bien, son claramente determinados y posee un significado único en cualquier comunidad jurídica del mundo -los términos "fallo condenatorio" solo puede entenderse como una decisión que implica la determinación fáctica y jurídica de responsabilidad penal del imputado; y "pena" referida al tipo y quantum de la sanción penal impuesta como consecuencia jurídica de la decisión condenatoria-; de modo que, en virtud de esta norma que por su rango opera -en términos de Ferrajoli- como "regla de validez" de las infraconstitucionales, no está a merced del legislador la posibilidad de restringir, menos prohibir, que una decisión condenatoria -y por ende desfavorable al procesado- sea susceptible de reexamen por un órgano superior, y el único mecanismo procesal que a tal fin propugna la teoría general del proceso es el de un medio impugnatorio; que, por tanto, -al margen de la denominación que se le asigne- debería estar previsto dentro del ordenamiento jurídico procesal.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN No 195 - 2012
MOQUEGUA



12.1.4.- Se discute este tipo de interpretación -rrngüfstlca- de la norma, tildándola de formalista e impropia en materia constitucional, pero las razones que se exponen son de modo genérico y no específico al enunciado objeto de evaluación. Al respecto es menester apuntar que las palabras y los enunciados citados poseen un contenido significativo que vincula al intérprete y al aplicador, pero sostener que las palabras de la ley determinan en algo, mediante sus significados, la decisión, para nada implica que la determinen por completo y que no sean necesarias ulteriores premisas interpretativas para precisar el concreto significado dentro de los márgenes que abran la ambigüedad o vaguedad de sus términos. No obstante frente a un texto claro y preciso, procurar desconocerlo y considerar un sentido interpretativo distinto es igual que pretender que las palabras de la ley nada significan y que, por tanto, la actividad interpretativa es libérrima decisión no atada a ningún dato previo", promovándose un creacionismo jurídico absoluto.



12.1.5.- Incluso, las concepciones interpretativas materiales o axiológicas -que propugnan que el derecho no se agota en los textos constitucionales o legales y que éstos no son más que un vehículo rudimentario, y a veces engañoso, por medio del cual la verdadera normatividad trata de manifestarse-, explican que la labor del intérprete debe comenzar por la interpretación del significado de esos textos, aún cuando accesoria frente al verdadero fin que es descubrir el sentido del derecho; de modo que, un primer paso será siempre buscar el significado de los enunciados y, el siguiente, estará dirigido a poner en relación tales significados del texto con los verdaderos contenidos de sentido del derecho. Puede ocurrir que no se aprecie discordancia entre significado del texto y sentido del derecho, en cuyo caso el texto ha acertado en traducir a palabra el sentido, los contenidos profundos y necesarios del derecho, o, suceder que se detecte una discordancia entre significado y sentido, y entonces habrá que decidir desde el sentido y al margen o por encima del significado.



12.1.6.- Entonces, aún desde estas bases supralingüísticas -de las que por cierto no nos consideramos ajenos- podría considerarse que existe un sentido del derecho que niegue la existencia de tal garantía en materia pugnatoria que habilite al procesado condenado a que su sentencia se objeto de reexamen por una instancia superior. Resulta oportuno abordar aquí el tema de la igualdad de las partes procesales aludido en justificación de la constitucionalidad de la norma procesal en



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

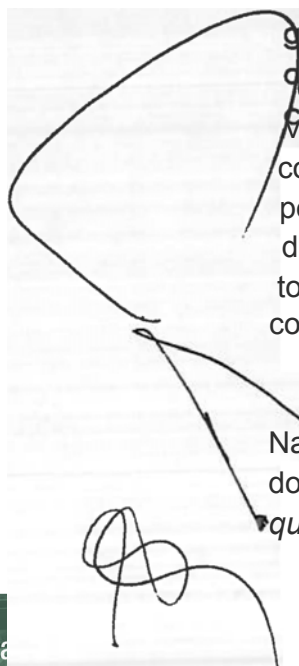
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195-2012
MOQUEGUA



mencción. Al respecto, dicho principio rector del proceso penal y, más aún, del nuevo modelo, no puede ser concebido desmembrando las etapas y actuaciones procesales, sino concebido como un equilibrio *in toto*, pues una perspectiva contraria llevaría a concebir como inconstitucional una pluralidad de principios constitucionalmente admitidos que operan en favor del procesado como: la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, el principio acusatorio y la carga probatoria, el principio de objetividad que regula la actuación del Ministerio Público; todos ellos que operan en contrapeso de una circunstancia trascendente radicada en el desequilibrio que implica la oficialidad de la investigación en manos de un órgano, si bien constitucionalmente autónomo, no por ello ajeno a fines utilitaristas de orden estatal y comunitario -sobre derechos fundamentales de carácter Individual-, y que la capacidad de decisión respecto a la restricción de uno de los derechos fundamentales más preciados como la libertad, esté en manos también de un órgano estatal.



12.1.7.- Además, el Tribunal Constitucional, en esta misma línea, ha tenido la oportunidad de establecer el contenido esencial del derecho a la pluralidad de Instancias, al resolver el proceso de Habeas Corpus número cuatro mil doscientos treinta y cinco guión dos mil diez guión PHC oblicua TC, de fecha once de agosto de dos mil once, donde si bien reiteró, como venía sosteniendo, que *"la instancia plural queda satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las Instancias procesales reguladas"*, fijó ello de modo genérico, pues en lo particular a la materia penal, reafirmó, sobre la base de la normatividad de los Tratados Internacionales antes mencionados, el derecho que tiene toda persona a recurrir las sentencias que impongan una condena penal y, en general, una medida de coerción personal. Por otro lado, como puede verse del fundamento veinte, para el Tribunal se encuentra fuera de discusión que un fallo condenatorio sea recurrible, además, de las medidas de coerción personal. En suma, concluyó que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra la sentencia que imponga una condena penal.



12.1.8.- En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a través de la Observación General número treinta y dos del veintitrés de agosto de dos mil siete, señaló que: *"El párrafo quinto del artículo catorce del PIDCP se vulnera no sólo si la decisión de*



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

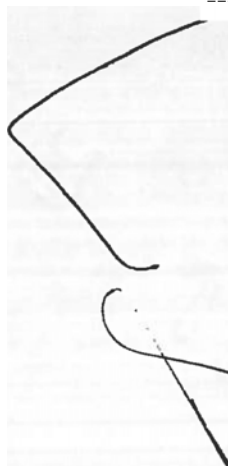
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN No 195 • 2012
MOQUEGUA



un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando un tribunal más alto de un país actúa como primera y única Instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado parte: por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto".



12.1.9.- La jurisprudencia internacional también ha tenido la oportunidad de establecer el contenido del derecho a la instancia plural en materia criminal. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso número once mil seiscientos dieciocho, Caso Mohamed vs. Argentina, donde además de sostener que la garantía del artículo octavo apartado segundo literal h) de la CADH se establece con el fin de que una sentencia condenatoria sea revisada por un tribunal jerárquicamente superior, así se trate de una condena impuesta en única, primera o segunda Instancia, añadió que para el derecho internacional de los derechos humanos es irrelevante la denominación o el nombre con el que se designe a este recurso, lo importante es que cumpla con determinados estándares. En primer lugar, debe proceder antes que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada y debe ser resuelto en un plazo razonable, es decir, debe ser oportuno. Asimismo, debe ser un recurso eficaz, es decir, debe dar resultados o respuestas al



para el cual fue concebido, esto es, evitar la consolidación de una situación de injusticia. Además debe ser accesible, sin requerir mayores formalidades que tomen ilusorio el derecho. Expresamente, la Corte señala: "... el derecho a recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal de inferior y de superior jerarquía orgánica (caso Herrera Ureña vs. Costa Rica). La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida".





CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASAqÓN No 195-2012
MOQUEGUA

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

12.1.11.- Siendo ello así, la condena del absuelto, habilitada por las normas procesales objeto de evaluación, no es *per se* incompatible con la Constitución Política del Estado.

12.2.- Del recurso de apelación y el principio de Inmediación.

12.2.1.- El Código Procesal Penal, ha previsto en el inciso dos del artículo cuatrocientos diecinueve, como una de las facultades del órgano jurisdiccional que conoce un recurso de apelación en segunda instancia: *"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"*. En efecto, si se compara con el texto del viejo Código de Procedimientos Penales, es evidente que la diferencia sustancial, sobre todo en atención al tema materia de autos, reside en la facultad decisoria que tiene el juzgador de segunda instancia ante una sentencia absolutoria que ha sido recurrida; así, mientras el Código de Procedimientos Penales, prescribe declaración de nulidad de la sentencia absolutoria y por consiguiente la realización de un nuevo juicio o instrucción, el Código Procesal Penal, permite que pueda revocarse la absolución y en vía de reforma condenar al encausado.

12.2.2.- De acuerdo a la vigente regulación legal del recurso de nulidad, en concordancia con la Constitución Política del Estado, actualmente permite que la Corte Suprema revise ampliamente las sentencias recurridas, de manera que en rigor no se podría hablar de única instancia, como en su anterior predecesor, el Código de Procedimientos Penales, como consecuencia de la extensión del objeto de conocimiento del órgano ad quem, que abarca cuestiones de hecho y derecho, las decisiones posibles de adoptar son la nulidad de la sentencia, la nulidad de actuaciones que la preceden o la revocación (haber nulidad) y reforma de la sentencia; sin embargo, en este último caso, como ya sabemos, la Corte Suprema puede agravar o



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

atenuar la pena, absolver al condenado, pero en ningún caso podrá condenar al absuelto.

12.2.3.- Así, puede afirmarse que el tratamiento de la inmediación en el Código de Procedimientos Penales, tiene una sola dirección: la tutela del encausado. En la absolución de quien fue condenado por el órgano jurisdiccional inferior, el principio de inmediación no ha sido tomado en cuenta por el Código de Procedimientos Penales, pese a que en tal supuesto la parte civil y el acusador podrían cuestionar precisamente la falta de ella. Es claro que tal situación refleja un trato diferente que podría cuestionarse por discriminatorio, pero también lo es que actualmente la inmediación no puede servir para pretender un proceso penal de instancia única, debido precisamente a su aplicación fragmentaria: mientras la inmediación impediría la condena del absuelto, en el caso inverso no constituiría un obstáculo.

12.2.4.- Por ello, si quiere haberse una explicación más coherente a lo prescrito en el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, parece atendible la afirmación de Mixan Mass³, quien 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 términos de los actuados, a quien fue absuelto, podrían cometer en muchos casos verdaderas injusticias.

12.2.5.- Este temor de incurrir en grave error, parece similar al temor de condenar a un inocente que permite la aplicación del *brocardo In dubio pro reo*: el condenado en segunda instancia no tiene la posibilidad de cuestionar esta decisión, por lo menos no en el mismo proceso penal. De esta forma, la prohibición de condenar en segunda instancia, resulta siendo una decisión político-criminal que responde a una situación concreta, y de la que no puede extraerse la afirmación de que el proceso penal sea de única instancia: ahora bien, ello tampoco quiere decir que el principio de inmediación no tenga ninguna importancia, antes bien, el temor de un posible error judicial se origina precisamente en su ausencia.

³ MIXAN MASS. Florencia. Juicio oral, Marsol, Trupllo, 1994, p. 511. GARCÍA RADA. Domingo. Manual de Procedimiento Penal. EDDIU. Lima, 1984, p. 329.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195-2012
MOQUEGUA

12.2.6.-Que, de otro lado, cabe precisar que lo antes anotado no solo es predicable del proceso penal ordinario, sino también del sumario, desde que la interpretación sistemática ha convertido en práctica permanente la prohibición de la condena en segunda instancia, pues tal facultad del Ad quem no está prevista expresamente en el articulado del Decreto Legislativo número ciento veinticuatro.

12.2.7.- En relación a la inmediación, podemos señalar que: 1) ciertos principios del proceso penal se identifican con una de las etapas de este, y en algunos casos con una determinada institución, así por ejemplo al mencionar el principio de la prohibición de la *reformatio in peius* es evidente que de forma inmediata se piensa en el ámbito de los recursos y en las facultades que tiene el órgano judicial; U) lo mismo sucede con el denominado principio de inmediación, dado que este es uno que brilla y tiene pleno sentido en la fase del juicio oral; II) entre los términos Inmediación y oralidad, incluso publicidad, existe tal relación que no es posible hablar de uno sin pensar en el otro; IV) sin duda el punto de mayor importancia se da en la relación existente entre juicio oral y actuación probatoria.

12.2.8.- En la actual doctrina sobre el Derecho Procesal Penal, es pacífica la afirmación de que la actividad probatoria que ha de servir al Juez sentenciador para formar su convicción, tiene como escenario natural la fase de enjuiciamiento - juicio oral. Así, los principios que rigen en esta fase del proceso penal terminan siendo aquellos que regirán la actividad probatoria, incidiendo principalmente en la actuación y valoración de los medios de prueba.

12.2.9.- Por ello, relacionando los conceptos de inmediatez y presentismo, en la parte referida a los principios del juicio oral, Vasquez Rossi señala que: *La audiencia debe ser constantemente presidida por el director del debate y ante la presencia de todos los juzgadores, (...), del imputado -salvo casos excepcionales-, de sus defensores y de los órganos de la acusación. como así también con la concurrencia personal de los ventuales testigos y peritos. Esto lleva a la nota de inmediatez de los participantes entre sí y de los juzgadores respecto de lo que acontece ante sus ojos y oídos, de todo lo cual tienen una percepción directa, intransferible e insustituible, lo que adquiere especial importancia respecto de la valoración de la prueba que se produce durante la*



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

*audiencia y que deriva a que nadie distinto de quienes han estado a lo largo del debate pueda emitir la conclusión definitiva"*⁴.

En el mismo sentido, Huertas Martín, con relación a los principios que informan la actividad probatoria, establece una clara relación entre inmediación y práctica de pruebas; precisa que el primero significa la presencia del Juez sentenciador en el proceso; la actividad es decir, que el juez debe tener relación directa con las partes, los demás órganos de prueba y con las otras fuentes de prueba⁵.

Según afirma Miranda Estrampes, para dar cabal cumplimiento al principio de inmediación judicial no es suficiente que la actividad probatoria se practique ante la presencia de cualquier órgano judicial, sino que debe realizarse precisamente ante el juzgador que debe emitir sentencia. Por tal razón, sostiene que *„otra de las consecuencias que derivan de la vigencia del principio de inmediación consiste en que únicamente el juez o magistrados que han asistido a la práctica de la prueba podrán dictar sentencia."*⁶.

12.2.10.- La fijación de la inmediación y la oralidad, como principio estelar de las decisiones condenatorias, llevada a sus últimas consecuencias, se ha constituido en uno de los argumentos más importantes y recurrentes para oponerse a la doble instancia en el proceso penal. Se ha afirmado que la oralidad conduce a la instancia única, pues cuando el fallo surge de un debate oral, los únicos que conocen el procedimiento y su contenido son los jueces que lo han presenciado, es decir, los que han estado en inmediación con esa actuación procesal.

12.2.11.- Habiéndose afirmado en la moderna doctrina procesal de corte acusatorio el imperio del principio de inmediación en la valoración de los medios de prueba, como único camino que conduce a la convicción del juzgador, la tacha de injusticia de la resolución apelada debe involucrar lógicamente un nuevo debate ante Jueces también presentes que emitirán una nueva decisión, la que responderá

⁴ VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Derecho Procesal Penal, Tomo 1. Rubinzai-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 411 y 412.

⁵ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 118.

⁶ MIRANDA ESTRAMPES, La mínima actividad probatoria en el proceso penal. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 272.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

a ese nuevo debate; así, respetando el principio de inmediación ante el Juez Superior que conoce del recurso, en rigor no habrá habido un reexamen del caso y por ende tampoco doble instancia, sino, una nueva primera instancia. Ello significa que el recurso de apelación no daría lugar a una segunda instancia, porque no es posible que se haga un reexamen con inmediación.

12.2.12. "Aquí basta decir que Binding hace ya casi cien años, explicaba la imposibilidad de concebir esta 'segunda instancia', según el sistema de enjuiciamiento penal que, básicamente, imponga el Estado el Derecho. Si se tiene presente la necesidad de un juicio público como fundamento obligado de la sentencia -con sus características de oralidad del debate, presencia ininterrumpida de todos sus protagonistas, en especial de los Jueces que dictarán sentencia, únicos habilitados para emitir el fallo-, entonces cualquier posibilidad de nuevo examen amplio por un tribunal que no estuvo presente en él, pasa por un nuevo juicio, cuya decisión se fundará en los hechos ocurridos en él y no en el juicio llevado a cabo anteriormente. Con prescindencia de las desventajas de un nuevo juicio -que le dieron pie a Binding para afirmar que autorizar la apelación es preferir al tribunal peor informado sobre el mejor informado, en razón de la distancia temporal hacia los hechos de los debates respectivos-, lo cierto es que este nuevo juicio, concebido de esa manera no representa un reexamen del anterior o de un resultado, sino, por el contrario, una segunda 'primera instancia', cuyo resultado (sentencia) -acertado o desacertado- depende, exclusivamente de su propio debate, que le sirve de base"⁷.

12.2.13. Al estructurarse la fase de enjuiciamiento (juicio oral) sobre la base del principio de oralidad e inmediación, y al considerarse esta fase como sede de la actuación probatoria que será valorada por el juzgador, resulta extremadamente complejo el establecimiento de un recurso de apelación contra sentencias, dado que el órgano ad quem no es quien ha presenciado dicha actuación probatorias.

12.2.14. Esta posición doctrinal que niega la posibilidad de la segunda instancia sobre la base de la inmediación, se explica en parte en el modelo de apelación y doble instancia adoptados, pues, si se considera que a través de la apelación se abre la segunda instancia únicamente para la revisión o el reexamen de la causa (*revisio prioris*

⁷ MAIER. Julio. B. J. Derecho Procesal Penal, Tomo 1, Editores del Puerto, Buenos Aires. 1996. pp. 718 y 719.

ENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes. "La prueba en la apelación de sentencias penales del proceso penal abreviado". En: Justicia- Revista de Derecho Procesal, JM Bosch Editor. 2000. p. 343.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195- 2012
MOQUEGUA

instanfie), es evidente que, considerando al principio de inmediación como esencial para formar la decisión judicial, deberá realizarse (repetirse) la actividad probatoria ante el Juez *Ad quem*, y bajo este supuesto ya no se trataría de una revisión sino de una nueva decisión: una nueva primera instancia.

12.2.15.- Contrariamente, si se concibe la apelación y la segunda instancia como la oportunidad para un nuevo juzgamiento (*novum iudicium*). entonces, la repetición (o realización por segunda vez) de la actuación probatoria no se verá como una nueva primera instancia, sino como la manifestación de la segunda. De esta forma, el principio de inmediación podría encontrar cabal cumplimiento únicamente en este modelo de apelación y doble instancia, que por cierto fue el adoptado por el sistema procesal alemán⁹.

12.2.16.- En la actualidad, aunque la doctrina que enarbola el principio de inmediación y niega la doble instancia haya inspirado inicialmente al Código de Procedimientos Penales de mil novecientos cuarenta, lo cierto es que la práctica judicial, concibiendo la apelación (y el recurso de nulidad) como medio que permite la revisión de lo resuelto, hace oídos sordos a la exigencia del principio de inmediación y forma su convicción sobre la base de lo que consta en el expediente; así, el órgano *ad quem*, facultado por la ley, puede absolver a quien fue condenado en primera instancia o agravar la pena de quien fue condenado sin que la inmediación asome como un requisito o presupuesto. Ciertamente, en el caso de sentencia absolutoria no se condena, pero no por el afloramiento de una sensibilidad por la inmediación, sino simplemente porque así lo prescribe el Código.

12.2.17.- Ahora bien, en contra de esta realidad podrá alegarse que no se trata de un verdadero recurso de apelación y menos de una segunda instancia, pero el hecho de que pueda cuestionarse errores en la fijación de hechos probados (valoración probatoria) y en la aplicación de la ley, no avala esta aseveración; aunque no puede negarse que esta práctica colisione abiertamente con el principio de inmediación. Por esta razón, puede sostenerse que en el proceso penal peruano rige la doble instancia, a pesar del principio de inmediación, y

⁹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. "El derecho a la doble instancia penal. Presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión táctica en las sentencias de apelación penal". En: *Constitución y Garantías Penales. Cuadernos de Derecho Judicial*, XV-2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 22 y 23.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195-2012
MOQUEGUA

con la particularidad de que no puede condenarse en segunda instancia.

12.3.- De la condena en segunda Instancia.

12.3.1.- En contra de la posición adoptada en el Código de Procedimientos Penales, San Martín Castro¹⁰ al considerar que es posible la condena del absuelto en segunda instancia señaló lo siguiente: 1) el principio constitucional de la doble Instancia en el orden procesal exige otorgar al Juez revisor poderes tanto para absolver al condenado en primera instancia como para condenar al indebidamente absuelto por el Juez Ad qua. En efecto, si consideramos a la doble instancia, por ende a la apelación, como garantra para la corrección de los errores y vicios en que haya incurrido el Juez Ad qua, es por demás evidente que tales errores no solo se presentaran en la condena del acusado sino también cuando se le absuelve, de manera que un mínimo de coherencia exigiría que en segunda instancia se corrijan tales errores. En el fondo late también un criterio de igualdad al exigir la misma capacidad correctora del Ad quem para los casos de sentencia condenatoria y absolutoria; D) si bien en segunda instancia un reexamen de lo resuelto contradice el principio acusatorio de inmediación, siguiendo a Luigi Ferrajoli, acepta que ese es el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, que consiste en la garantra contra la ilegalidad, la arbitrariedad, el abuso o el error judicial.

12.3.2.- Así, se reconoce que la doble instancia tiene un pedimento de origen que consiste en la necesidad de que el Juez tenga Inmediación sobre la actividad probatoria para formar su convicción; sin embargo, se acepta la vigencia de la doble instancia por considerarla de mayor valía que la inmediación. Se trata de una ponderación de dos principios fundamentales del proceso penal, siendo el resultado el sacrificio de uno a favor del otro. No obstante, entendemos que el autor antes citado no termina aceptando un sacrificio, en términos de anulación de la inmediación; sino, parece darse a una limitación en tanto y en cuanto ello sea necesario.

12.3.3.- Por ello, siguiendo a Gimeno Sendra, señala que una vista de la causa amplia que permita reproducir, en lo posible, las pruebas actuadas en primera instancia, así como contar con los recursos

MARTIN CASTRO, César E. Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Gráf. Jley, Lima, 2003, p. 1016



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN No 195 - 2012
MOQUEGUA

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. Bajo esta perspectiva se considera que la condena en segunda instancia no podría ser objetada por la carencia de inmediación, pues, este defecto se subsanaría a través de los videos que permitan al Ad quem tener acceso a lo acontecido en la actuación probatoria, o a través de la reproducción de ciertas pruebas, e inclusive, en atención a la naturaleza de estas, mediante una buena elaboración del acta de juicio oral, dado que en último término se trata de limitar el principio de inmediación para hacer posible la doble instancia. De cualquier forma conviene insistir que esta posición doctrinal, según nuestro entender, no prescinde de la inmediación. por el contrario, la considera esencial para la conformación de la decisión judicial.

12.4.- Del principio de Inmediación en segunda Instancia.

12.4.1. Frente a una posición extrema que en virtud del principio de inmediación y oralidad niega la posibilidad de la segunda instancia, se aprecia en la doctrina una segunda posición que en principio no niega la segunda instancia pero sí por el contrario la afirma, aunque simultáneamente considera a la inmediación y la oralidad como esenciales para la decisión judicial, sin que ello implique radicalizar sus exigencias. Concretamente en España. luego que se mantuvo dominante una doctrina que afirmaba la plena capacidad de los Jueces de segunda Instancia, al igual que los de primera ¹¹, para valorar los medios de prueba que habían sido actuados ante el Ad quem, respecto a los cuales evidentemente no tenían inmediación, y para corregir la sentencia impugnada con la posibilidad de condenar al absuelto en primera instancia. el Tribunal Constitucional sentó una nueva doctrina al otorgar un amparo y revocar la sentencia dictada en apelación porque la audiencia provincial en dicho trance había

¹¹Esta doctrina sostiene que: "el juez ad quem, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, se halla en idéntica situación que el juez a quo y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez a quo". CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. Ob. cit. p. 30. Por ello se afirmaba que en tales casos "no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia, sino de una discrepancia en la valoración de la prueba hecha por dos órganos judiciales igualmente libres para valorar en conciencia, con el resultado de que entre ambas valoraciones ha de imponerse la del Tribunal de apelación". GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto. "El recurso de apelación. La condena en segunda Instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002". En: Constitución y Garantías Penales, Cuadernos de Derecho Judicial. XV-2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2004. p. 296.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195-2012
MOQUEGUA

valorado, sin intermediación, las mismas pruebas que habfa llevado al Juez Penal a absolver¹². De esta manera puede afirmarse que "la principal consecuencia de esta doctrina consiste en que los Tribunales de Apelación deben aceptar que sus facultades de revisión fáctica en contra del encausado son limitadas, y que no pueden suplantar la valoración de las pruebas realizada por el juzgador de instancia, cuando por la índole de estas pruebas su valoración exige la intermediación y la contradicción¹³". Para ser más explícitos, las consecuencias de esta doctrina del Tribunal Constitucional español pueden concretarse en los siguientes puntos: 1) la exigencia de intermediación y oralidad también cobra pleno sentido en la segunda instancia penal; U) estando en segunda instancia no es posible valorar la prueba practicada ante el Ad que analizando los datos escritos del proceso, sin distinguir entre los medios de prueba; es decir, no basta con que pueda "leer" las pruebas conforme consten en las actas de juicio oral; y, DI) el órgano de apelación también necesita "ver" y "oír" los medios de prueba, en función a su naturaleza.

.....

12.4.2. Ante lo expuesto podría concluirse alternativamente lo siguiente: 1) que, si el órgano Ad quem decide modificar la valoración probatoria del Juez de primera instancia, debe ubicarse en la misma posición que este, es decir, en intermediación con la actividad probatoria personal; lo que en buena cuenta implicaría repetir esta prueba en segunda instancia a efectos de que pueda "ver" y "oír" su actuación; o, U) que, el órgano Ad quem no pueda modificar la valoración de medios de prueba en los que la intermediación es esencial, dado que no le está permitido repetir su actuación.

12.5. Del principio de Intermediación en segunda Instancia en el Código Procesal Penal.

12.5.1. El legislador peruano al parecer más inclinado a concebir la apelación, por ende la segunda instancia, como la oportunidad de revisar lo resuelto por el Juez inferior, y cuidadoso de no lesionar el

¹² Se trata de la muy citada STC 167/2002, que ha venido a constituir la fuente de una copiosa doctrina constitucional que puede considerarse dominante. Para Gorda-Calvo y Montiel, "B recurso de apelación (...)", Ob. cit., p. 295, el germen de la sentencia citada se encuentra en otra signada con el número 31/1981, específicamente en su fundamento jurídico tercero, donde "al afirmar que son solo las pruebas practicadas en el juicio las que pueden servir para fundamentar una sentencia condenatoria, estaba otorgando al principio de intermediación su más imprescindible noción material y lo estaba incluyendo dentro del derecho a un proceso con todas las garantías".

¹³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. Ob. cit., p. 44.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195- 2012
MOQUEGUA

principio de inmediación, ha decidido impedir que se modifique el valor probatorio de la prueba de primera instancia apreciada con inmediación; así, textualmente establece lo siguiente: *"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",...*

12.5.2.- La opción legislativa adoptada significa una revolución en la concepción que se tenía sobre el recurso de apelación y la segunda instancia. Siempre habíamos concebido que a través de este recurso era posible cuestionar la valoración de cualquier medio de prueba actuado, a efecto que el superior con mejor criterio vuelva a valorarlos y se decida por la opción que la parte recurrente propone. Así, la nueva regulación importa una limitación al derecho a los recursos de las partes, pues, si bien puede presentarse un recurso contra una sentencia, en principio no se podrá cuestionar la valoración de la prueba personal, precisamente porque esta requiere inmediación, de la que carece el órgano *Ad quem*.

12.5.3.- En tal orden de ideas, se trata de compatibilizar la capacidad de decisión del Juez de segunda instancia con el principio de inmediación, dado que en la práctica esta desaparecía; pero es evidente que tal doctrina requiere cambiar nuestros paradigmas sobre el recurso de apelación y segunda instancia, por ello no basta identificarla con una apelación que implique un nuevo enjuiciamiento, pero, tampoco puede mantenerse el tradicional modelo de apelación como revisión de lo resuelto y con facultad plena del Juez *Ad quem* de corregir errores de valoración probatoria y de aplicación de la Ley.

12.5.4.- No obstante cabe reconocer, siguiendo a Mercedes Corrente, que si bien el órgano *Ad quem* tiene facultades para resolver cuantas cuestiones se le planteen, tanto de hecho como de derecho, especialmente en lo atinente a la declaración de los hechos probados, en la práctica, oralidad e inmediación siguen erigiéndose, aún hoy en

Inciso 2) del artículo 425 del Código Procesal Penal.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN No 195- 2012
MOQUEGUA

día, como principales obstáculos que dificultan la eficacia y la funcionalidad de la segunda instancia penal.¹⁵

DÉCIMO TERCERO: Dicho lo anterior, estando a lo prescrito por el inciso dos del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Procesal Penal, y considerando que el legislador se decantó por la tutela de la inmediación, que queda flejada en el impedimento de otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el *Ad quo*, la posibilidad de condena en segunda Instancia se remitiría a los siguientes supuestos: 1) la condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba pericial, documental, preconstituida o anticipada, pues se concibe que estos medios de prueba no exigen imprescindiblemente de inmediación; 2) la condena en segunda instancia se decide cambiando el valor probatorio de la prueba personal -que en principio está prohibido-, en razón a la actuación de prueba en segunda instancia que cuestiona su valor probatorio. Aquí, la objeción de ausencia de inmediación queda salvada porque en relación con la prueba en segunda instancia el órgano *Ad quem* sí tiene inmediación; y, 3) un tercer supuesto, aunque no está relacionado a la Inmediación, sería la condena en segunda instancia debido a la corrección de errores de derecho.

DÉCIMO CUARTO: Que, si bien el punto más conflictivo se presenta cuando la condena en segunda instancia se debe al cambio del valor probatorio de una prueba personal debido a la actuación de prueba en esta instancia; cabe precisar que aún cuando no podría cuestionarse la valoración de la prueba personal, no obstante, si el cuestionamiento se fundamenta en la prueba actuada en segunda instancia, el Juez *Ad quem* estaría facultado para cambiar el valor probatorio de aquella.

DÉCIMO QUINTO: Que, aún cuando en un sistema de apelación donde esta se concibe como medio que permite la revisión de lo resuelto a efecto de corregir los errores producto de la falibilidad humana, la actuación de pruebas en segunda instancia resultaría 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; no obstante, debemos señalar que tal situación procesal se remedia con la regulación del recurso de casación, oportunidad en la que el justiciable podrá establecer en atención a las causales previstas por el artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, afectación, errónea interpretación, indebida aplicación u otros de garantías constitucionales de

¹⁵ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA. Mercedes. Ob. cit., p. 343.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195- 2012
MOQUEGUA

ÍA

orden material o procesal; o de normas penales sustantivas o adjetivas; y en su caso una indebida motivación en relación al objeto de decisión. Por ello, como lo señala Ferrajoli¹⁶ el valor de la doble instancia consiste en la garantía contra la ilegalidad, la arbitrariedad, el abuso o el error judicial, y si bien el Juez de segunda instancia no asegura infalibilidad, la conciencia jurídica ha determinado, así lo creemos, que las decisiones sean más legítimas (confiables) cuando han sido revisadas o al menos se ha tenido esa posibilidad. Si bien, no se está exento de las críticas que sostienen que la apelación no debe concebirse como una revisión de lo resuelto en virtud de errores o vicios que corregir, sino como la oportunidad de una nueva decisión, como el mecanismo o medio procesal que permite que otro Juez (Superior) conozca la causa y emita una decisión, siendo esta la que prevalezca.

DECIMO SEXTO: Que, en consecuencia; la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene: por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha ausencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *Ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encamaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.

DECIMO: Que, tal y como comparte nuestro Tribunal Constitucional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. "Los valores de la doble Instancia y de la nomoflaquia". En: Nueva Decisión Penal, 19 FEB, Buenos Aires. 1996.

1996



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora. Corolario de lo anterior será que la determinación de en qué supuestos se ha producido vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías -cristalizado ahora en la garantía de Inmediación- es inminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien ha sido absuelto en la instancia trae causa en primer lugar de una alteración sustancial de los hechos probados y, de ser así, si tal apreciación probatoria encuentra fundamento en una nueva reconsideración de medios probatorios cuya correcta y adecuada apreciación exige la inmediación; esto es, que sea el órgano judicial que las valora el órgano ante quien se practican. Contrariamente no cobró entender vulnerado el principio de inmediación cuando, por utilizar una proposición comprensiva de toda una idea, el órgano de apelación no pronuncie su sentencia condenatoria a base de sustituir al órgano de Instancia en aspectos de la valoración de la prueba en los que éste se encuentra en mejor posición para el correcto enjuiciamiento de los hechos sobre los que se funda la condena debido a que la práctica de tales pruebas se realizó en su presencia. Por ello no cabrá efectuar reproche alguno cuando la condena pronunciada en apelación -tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la sentencia de apelación empeora su situación- no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia del órgano Ad qua. o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano Ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en consecuencia, es de concluir que la Sala de Apelaciones está facultada legalmente para condenar en segunda instancia un justiciable que fue absuelto en primera instancia, lo cual está supeditado a una actuación probatoria en la audiencia de apelación con fiel respeto al principio de inmediación y que la prueba actuada tenga entidad suficiente para enervar el *status* de inocencia del encausado previsto en el apartado e) del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado; que, en tal virtud, como en el caso de autos se advierte que la audiencia de



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

apelación se circunscribió a escuchar los alegatos de las partes, esto es, no se estuvo prueba alguna para que se varíe sustancialmente el juicio de valor de la sentencia de primera instancia, dicha sentencia de segunda instancia debe ser anulada al haberse expedido con plena afectación a las normas procesales vigentes y por ende a la garantía genérica del debido proceso.

DECIMO NOVENO: Que, asimismo, estando a las particularidades del caso en concreto, este Supremo Tribunal considera viable emitir un pronunciamiento de fondo sobre la sentencia emitida en primera instancia; que, en efecto, se evidencia una clara vulneración al principio constitucional del deber de motivación de las resoluciones judiciales previsto en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado y en el artículo doce del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las cuales imprimen al sistema de administración de justicia la obligación de justificar sus decisiones de modo adecuado; que, en efecto, una debida motivación es aquella decisión que se sustenta en criterios de racionalidad y razonabilidad, esto es, respetando las pautas de la lógica formal y las reglas de la experiencia, ciñéndose a lo previsto por el derecho y las conductas sociales aceptadas, de no ser así, se originaría el vicio procesal llamado motivación defectuosa en sentido estricto, la que indudablemente vulnera el principio lógico de congruencia.

VIGÉSIMO: Que, en el presente proceso, estamos ante un caso de motivación insuficiente al objeto de decisión, pues resulta patente que la presente causa requería especiales cuidados en la apreciación y valoración de la prueba, en tanto tratándose de un delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado por apropiación para terceros no se analizó en forma adecuada la constatación fiscal de fecha veintitrés de julio de dos mil ocho, realizada en la obra de mejoramiento de canal de riego Manzanayo de la ciudad de Omate en la que se constató que de los treinta y tres trabajadores registrados, sólo estuvieron presentes veintiuno; que, asimismo, para concluir en la absolución del encausado Jorge Manuel Sotomayor Vildoso se valoró el cuaderno de personal de la obra de mejoramiento de canal de riego La Retama y no la obra en la que en realidad se venían efectuando trabajos; que, asimismo, no se valoró en forma debida las declaraciones testimoniales de diferentes personas que afirmaron que no laboraron en la obra, no obstante lo cual figuran como que trabajaban en la mencionada obra; que, además, tampoco se tomó en cuenta la planilla de remuneraciones del personal que laboraba en la obra, en la que se advierte que varios trabajadores cobraron sin haber estado presente en la obra.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195- 2012
MOQUEGUA

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, por consiguiente, a fin de garantizar efectivamente los principios básicos del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva debe anularse la sentencia materia de grado y disponerse se lleve a cabo un nuevo Juicio Oral por otro Juzgado Colegiado y se emita nueva sentencia.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

1. Declararon INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por los encausados Henry Froilan Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar al no haber concurrido a la audiencia de casación.

11. Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el encausado Jorge Manuel Sotomayor Vildoso; en consecuencia: CASARON y declararon NULA la sentencia de vista de fojas trescientos veintinueve, de fecha veintiocho de marzo de dos mil doce, que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, en el extremo que absolvió a los antes citados del primer hecho que se les atribuyó (descrito en el acápite uno punto uno de la parte expositiva), por el delito contra la Administración Pública, la modalidad de peculado, en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro; reformándola condenó a los antes aludidos encausados como cómplices primarios del delito antes mencionado y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; y, CON REENVÍO declararon NULA la sentencia de primera instancia de fojas ciento setenta y seis, de fecha veintiuno de setiembre de dos mil once, en el extremo que absolvió al encausado Jorge Manuel Sotomayor Vildoso del primer hecho que se les atribuyó (descrito en el acápite uno punto uno de la parte expositiva), por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado, en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de General Sánchez Cerro.

111. ORDENARON se lleve a cabo un nuevo juzgamiento del encausado por otro Juzgado Colegiado y se emita nueva sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia de casación; y los devolvieron.

IV. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial los fundamentos jurídicos décimo tercero al décimo octavo de la presente sentencia casatoria.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195 - 2012
MOQUEGUA

V. 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 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. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del señor Juez Supremo V.1 Stein.-
SS.

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

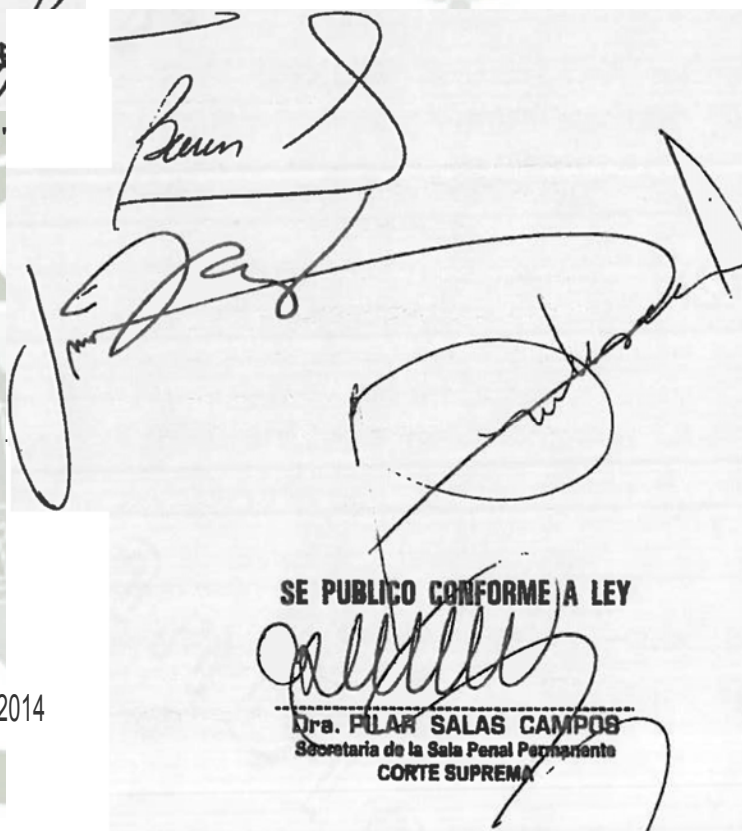
TELLO GILARDI

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

BA/r n p.

.0 9 MAY 2014



1 CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

1 SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195-2012
MOQUEGUA

FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL SEAOR JUEZ SUPREMO MORALES PARRAGUEZ:

PRIMERO: En un proceso penal a diferencia del proceso civil, frente a la imposición de una condena, privativa de la libertad del Imputado, rige de manera imperiosa el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que textualmente prescribe: "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...". Los jueces penales por mandato constitucional (*IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú*), tenemos la obligación de cumplir y hacer cumplir los Instrumentos de protección de Derechos Humanos, en especial cuando se trata de un procesado sobre el cual ha recaído una condena privativa de libertad.

SEGUNDO: Estando a lo expuesto en el décimo y décimo primer considerando de la presente Ejecutoria, se sostiene la posibilidad de que la Sala Penal de la Corte Suprema, tiene competencia para volver a discutir la validez de una interpretación normativa que ha sido afirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, cabe indicar que dicha Interpretación debe ser desarrollado, explicada y superada conforme a lo dispuesto por el artículo 14.5 antes citado. En ese sentido, considero que de acuerdo a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, no existe interpretación justificatoria procesal, menos legislativa que, faculte que un acusado absuelto sea condenado, en sede de apelación, pues ello violaría el derecho a una condena en Instancia única", ante la imposibilidad de no existir un curso impugnatorio de configuración legal, que habilite la revisión del fallo, en la instancia ordinaria.

En el presente caso, al no existir esta posibilidad procesal, toda vez que el curso de casación no es una instancia donde se actúen pruebas, debe necesariamente habilitarse un nuevo juzgamiento oral (a nivel de primera instancia), en cuyo escenario, se emita una nueva sentencia y se garantice que en caso de que la decisión sea de condena, ésta pueda ser recurrida.

Por lo antes expuesto, expreso mi discrepancia con el considerando 12.1.11, en cuanto sostiene: siendo ello así, la condena del absuelto, habilitada por las normas procesales objeto de evaluación, no es *per se* incompatible con la

1 CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

1 SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195-2012
MOQUEGUA

Constitución Política de do... ", en razón a que debe imperar en este caso, lo
normado prescrito por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos
Cívicos y Políticos.

SS.

MORALES PARRAGUEZ

09 MAY 2014

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

CASO MOHAMED Vs. ARGENTINA



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CASO MOHAMED VS. ARGENTINA

**SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012
(EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS)**

En el caso *Mohamed*,

la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces¹:

Diego García-Sayán, Presidente;
Manuel E. Ventura Robles, Vicepresidente;
Margarette May Macaulay, Jueza;
Rhadys Abreu Blondet, Jueza;
Alberto Pérez Pérez, Juez, y
Eduardo Vio Grossi, Juez;

presentes además,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y
Emilia Segares Rodríguez, Secretaria Adjunta,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y con los artículos 31, 32, 42.6, 65 y 67 del Reglamento de la Corte² (en adelante “el Reglamento”), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

¹ De conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento de la Corte Interamericana aplicable al presente caso (*infra* nota 2), que establece que “[e]n los casos a que hace referencia el artículo 44 de la Convención Americana, los Jueces no podrán participar en su conocimiento y deliberación, cuando sean nacionales del Estado demandado”, el Juez Leonardo A. Franco, de nacionalidad argentina, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia.

² Reglamento de la Corte aprobado por el Tribunal en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Tabla de Contenido		Párrafos
I.	INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA	1-3
II.	PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE	4-19
III.	EXCEPCIÓN PRELIMINAR	20-28
IV.	COMPETENCIA	29
V.	PRUEBA	30-37
	A) Prueba documental, testimonial y pericial	31
	B) Admisión de la prueba	32-37
	B.1) Admisión de la prueba documental	32-34
	B.2) Admisión de la declaración de la presunta víctima y de la prueba pericial	35-37
VI.	HECHOS PROBADOS	38-61
	A) Proceso penal contra el señor Mohamed	40-50
	B) Recursos judiciales posteriores	51-60
	C) Consecuencia de la inhabilitación penal para conducir	61
VII.	DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES, EN RELACIÓN CON EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO Y OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS	62-126
	A) Introducción	62-64
	B) Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes	65-78
	B.1) Alegada violación al derecho de recurrir del fallo (artículo 8.2.h. de la Convención) en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención)	65-68
	B.2) Alegada violación a la garantía de concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa (artículo 8.2.c de la Convención)	69-71
	B.3) Alegada violación al deber de motivación y al derecho a ser oído (artículo 8.1 de la Convención)	72-73
	B.4) Alegada violación a la protección judicial (artículo 25.1 de la Convención)	74-76
	B.5) Alegada violación al derecho protegido en el artículo 8.4 de la Convención	77-78
	C) Consideraciones generales de la Corte	79-85
	D) Derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior (artículo 8.2.h. de la Convención) en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención)	86-119
	D.1) Alcance del artículo 8.2.h de la Convención con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución	88-95
	D.2) Contenido del derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria	96-101
	D.3) Sobre la alegada imposibilidad de recurrir la sentencia condenatoria por parte del señor Mohamed y las vías procesales a que tuvo acceso en el marco jurídico argentino a la luz del artículo 8.2.h de la Convención	102-112
	D.4) Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno (artículo 2 de la Convención Americana) en	113-119

	relación con el derecho a recurrir del fallo	
	E) Alegada violación al derecho protegido en el artículo 8.4 de la Convención Americana	120-126
VIII.	ALEGADA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ARTÍCULO 9), EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS	127-139
	A) Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes	127-129
	B) Consideraciones de la Corte	130-139
IX.	REPARACIONES (APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 63.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA)	140-187
	A) Parte Lesionada	144-147
	B) Garantizar al señor Mohamed el goce del derecho protegido en el artículo 8.2.h de la Convención	148-152
	C) Medida de satisfacción: publicación y difusión de la Sentencia	153-155
	D) Otras medidas solicitadas	156-162
	E) Indemnización compensatoria por daños material e inmaterial	163-172
	F) Costas y gastos	173-177
	G) Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas	178-180
	H) Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados	181-187
X.	PUNTOS RESOLUTIVOS	188

I

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 13 de abril de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió el caso 11.618 contra la República Argentina (en adelante “el Estado” o “Argentina”) a la jurisdicción de la Corte Interamericana (en adelante “escrito de sometimiento”), de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención. La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 18 de marzo de 1996 por el señor Carlos Alberto Mohamed (en adelante el “señor Mohamed”) y su entonces representante el abogado Roque J. Mantione (en adelante el “señor Mantione”). El 22 de febrero de 2005 la Comisión Interamericana aprobó el Informe de Admisibilidad No. 02/05³. El 2 de noviembre de 2010 la Comisión aprobó el Informe de Fondo 173/10⁴, de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana (en adelante también “el Informe de Fondo” o “el Informe No. 173/10”)⁵. La Comisión decidió someter a la jurisdicción de la Corte Interamericana “la totalidad de los hechos y las violaciones de derechos humanos descritas en el [I]nforme de [F]ondo 173/10”, por la alegada “necesidad de obtención de justicia para la [presunta] víctima” ante la falta de avances sustanciales en “el cumplimiento de las recomendaciones formuladas en [dicho] informe” por parte del Estado. La Comisión designó como delegados a su entonces Comisionada Luz Patricia Mejía, al entonces Secretario Ejecutivo Santiago A. Canton, y como asesoras legales a la Secretaria Ejecutiva Adjunta Elizabeth Abi-Mershed, y a María Claudia Pulido, Silvia Serrano Guzmán y Marisol Blanchard.

2. De acuerdo con la Comisión, el presente caso se relaciona con el alegado desconocimiento de “una serie de garantías, incluyendo el principio de legalidad y no retroactividad y el derecho de defensa[, así como la falta de garantía del] derecho a recurrir el fallo condenatorio en los términos previstos en la Convención [y del derecho a contar con] un recurso efectivo para subsanar dichas violaciones”. Las supuestas violaciones se habrían cometido a partir de la condena penal por homicidio culposo impuesta al señor Mohamed por primera vez en segunda instancia tras una absolución en primera instancia, en razón de un accidente de tránsito del que fue parte y a raíz del cual falleció una persona.

3. Con base en lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que declare la responsabilidad internacional de Argentina por la alegada violación “[d]el principio de legalidad e irretroactividad, el derecho de defensa, el derecho a recurrir el fallo y el derecho a la protección judicial consagrados en los artículos 9, 8.2.c), 8.2.h) y 25.1 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Oscar Alberto Mohamed”. Como consecuencia de lo anterior, la

³ En dicho Informe la Comisión Interamericana declaró admisible la petición No. 11.618 en relación con la presunta violación de los derechos consagrados en los artículos 8, 9 y 1.1 de la Convención Americana. Sostuvo también que “en la medida en que corresponda, examinará también la posible aplicación del artículo 25 [...] y del artículo 2”. Cfr. Informe de Admisibilidad No. 02/05, Caso 11.618, Oscar Alberto Mohamed vs. Argentina, 22 de febrero de 2005 (expediente de trámite del caso ante la Comisión, Apéndice 1, folio 1006).

⁴ Informe de Fondo No. 173/10, Caso 11.618, Oscar Alberto Mohamed vs. Argentina, 2 de noviembre de 2010, aprobado en el 140º período ordinario de sesiones (expediente de fondo, Tomo I, folios 5 a 31 y expediente de trámite del caso ante la Comisión, Apéndice 1, folios 755 a 781).

⁵ El informe fue notificado al Estado mediante una comunicación de 13 de diciembre de 2010 y se fijó un plazo de dos meses para que el Estado informara acerca de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones allí formuladas. Los días 11 y 17 de febrero de 2011 el Estado solicitó una prórroga “para cumplir con las recomendaciones”, y dicho plazo fue otorgado por la Comisión el 9 de marzo de 2011 por un período de un mes. El 1 de abril de 2011 Argentina presentó el respectivo informe, mediante el cual remitió información sobre las recomendaciones de la Comisión.

Comisión requirió a la Corte que ordene al Estado la adopción de determinadas medidas de reparación.

II PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

4. El sometimiento del caso por parte de la Comisión Interamericana fue notificado al Estado y al señor Mantione, en aquel entonces representante de la presunta víctima, los días 18 y 20 de mayo de 2011, respectivamente.

5. El 12 de agosto de 2011 el señor Mohamed comunicó a la Corte que el 4 de julio de ese año ocurrió el fallecimiento de su entonces representante, comunicó sus datos de contacto y solicitó a la Corte el nombramiento de un defensor interamericano para que lo representara⁶.

6. Mediante Resolución de 31 de agosto de 2011, la Corte tuvo por no presentado un “escrito de solicitudes, argumentos y pruebas” aparentemente firmado por el señor Mantione, que fue recibido en la Secretaría de la Corte el 9 de julio de 2011, cinco días después de su fallecimiento y doce días antes del vencimiento del plazo para presentarlo. En la misma resolución, la Corte dispuso que su Secretaría comunicara a la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (en adelante “AIDEF”) la solicitud del señor Mohamed de ser representado por un defensor interamericano y que se prosiguiera con el procedimiento correspondiente. Asimismo, la Corte estableció que los plazos improrrogables de dos meses para que el nuevo representante pudiera presentar el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y para que el Estado presentara su contestación se empezarían a contar, el primero a partir de que fueran notificados al nuevo representante el escrito de sometimiento del caso y sus anexos y el segundo a partir de que el Estado recibiera el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas.

7. Los días 16 y 20 de septiembre de 2011 el Coordinador General de la AIDEF informó a la Corte la designación de los señores Gustavo Vitale y Marcelo Torres Bóveda, defensores públicos de Argentina y Paraguay, respectivamente, como defensores interamericanos para ejercer la representación legal del señor Mohamed en el presente caso.

8. El 11 de octubre de 2011 la Corte notificó a los defensores interamericanos (en adelante “los representantes” o “los defensores interamericanos”) el sometimiento del caso.

9. El 11 de diciembre de 2011 los representantes presentaron ante la Corte su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”), conforme al artículo 40 del Reglamento de la Corte. Los representantes coincidieron sustancialmente con lo alegado por la Comisión, solicitaron al Tribunal que se declare la responsabilidad internacional del Estado por la alegada violación de los mismos artículos de la Convención Americana señalados por la Comisión Interamericana, y agregaron que Argentina también habría violado los derechos contenidos en los artículos 8.1, 8.2 d), 8.2 e), 8.4, 25.2.a) y 25.2.b) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Mohamed. En consecuencia, requirieron a la Corte que ordene diversas medidas de reparación. Además, los representantes solicitaron acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana (en adelante

⁶ Cfr. escrito presentado por Oscar Alberto Mohamed el 12 de agosto de 2011 ante la Corte Interamericana y certificado de defunción de Roque Jose Mantione expedido el 6 de julio de 2011 por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (expediente de fondo, tomo I, folios 123-129).

“el Fondo de Asistencia Legal” o “el Fondo”) “tanto para el ejercicio de la defensa en el proceso interamericano como en relación con todos los gastos que demande cualquier actividad vinculada con ello”.

10. El 28 de febrero de 2012 Argentina presentó ante la Corte su escrito de excepción preliminar, contestación al escrito de sometimiento del caso y observaciones al escrito de solicitudes y argumentos (en adelante “escrito de contestación”). En dicho escrito, el Estado interpuso una excepción preliminar (*infra* párr. 20) y solicitó a la Corte que “rechace las alegaciones” relativas a la supuesta responsabilidad internacional del Estado por la presunta violación de los derechos consagrados en los artículos 8.2.c, 8.2.h, 8.4, 9 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, así como del artículo 2 del mismo instrumento. Con relación a las reparaciones, Argentina se opuso tanto a las solicitadas por la Comisión como por los representantes. Asimismo, el Estado indicó que se oponía a la ampliación de beneficiarios de las reparaciones pecuniarias solicitada por los representantes. El Estado designó como Agente al Ministro Eduardo Acevedo Díaz, Director General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, y como agentes alternos al señor Alberto Javier Salgado, Director del Área Contencioso Internacional de la Dirección General de Derechos Humanos, a la señora Andrea Gualde, Directora de Asuntos Internacionales en materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos y al Embajador Juan José Arcuri, entonces Embajador de la República Argentina ante la República de Costa Rica.

11. Los días 28 y 29 de marzo de 2012 la Comisión Interamericana y los representantes presentaron, respectivamente, sus observaciones a la excepción preliminar interpuesta por el Estado (*supra* párr. 10).

12. El 4 de junio de 2012 el Presidente de la Corte (en adelante “el Presidente”) emitió una Resolución⁷, mediante la cual declaró procedente la solicitud interpuesta por los defensores interamericanos en su carácter de representantes de la presunta víctima para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas (*supra* párr. 9) y realizó otras determinaciones al respecto. El Presidente también resolvió la recusación planteada por el Estado en contra del perito ofrecido por la Comisión, y ordenó recibir en audiencia pública su declaración y la de otro perito. Asimismo, ordenó recibir las declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidávit*) de la presunta víctima y de un perito, las cuales fueron presentadas por los representantes el 19 de junio de 2012. Mediante dicha Resolución el Presidente convocó a las partes y a la Comisión a una audiencia pública (*infra* párr. 14).

13. El 8 de junio de 2012 el Estado interpuso un recurso contra tres puntos de la Resolución del Presidente de 4 de junio de 2012 (*supra* párr. 12). El 12 de junio de 2012 la Comisión remitió sus observaciones al recurso presentado por el Estado. Los representantes no remitieron observaciones. El 18 de junio de 2012 la Corte emitió una Resolución, mediante la cual desestimó el recurso interpuesto por el Estado y, en consecuencia, ratificó la Resolución de 4 de junio de 2012 del Presidente⁸.

⁷ Cfr. *Caso Mohamed Vs. Argentina*. Resolución del Presidente de la Corte de 4 de junio de 2012, la cual puede ser consultada en la página web del Tribunal en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/mohamed_04_06_12.pdf.

⁸ Cfr. *Caso Mohamed Vs. Argentina*. Resolución de la Corte de 18 de junio de 2012, la cual puede ser consultada en la página web del Tribunal en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/mohamed_18_06_12.pdf

14. La audiencia pública fue celebrada los días 20 y 21 de junio de 2012 durante el 95º Período Ordinario de Sesiones de la Corte, llevado a cabo en la sede del Tribunal⁹. En la audiencia se recibieron los dictámenes periciales de dos peritos, así como las observaciones y alegatos finales orales de la Comisión Interamericana, los representantes y el Estado.

15. El 28 de junio de 2012 la Secretaría de la Corte, siguiendo instrucciones del Presidente, requirió al Estado que presentara, para mejor resolver, determinada legislación interna, así como copia íntegra del expediente del proceso penal contra el señor Mohamed.

16. El 6 de julio de 2012 el Tribunal recibió un escrito en calidad de *amicus curiae* de la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo¹⁰.

17. El 23 de julio de 2012 el Estado y los representantes remitieron sus alegatos finales escritos y la Comisión Interamericana presentó sus observaciones finales escritas. Asimismo, el Estado remitió parte de los documentos solicitados como prueba para mejor resolver (*supra* párr. 15), así como también sus observaciones a las declaraciones rendidas mediante affidávits.

18. El 26 de julio de 2012 dichos escritos y observaciones finales fueron transmitidos a las partes y a la Comisión Interamericana y se requirió al Estado que remitiera la documentación faltante solicitada para mejor resolver a más tardar el 6 de agosto de 2012. El Estado presentó parte de los documentos el 30 de julio de 2012. El 6 de agosto de 2012 esos documentos fueron transmitidos a los representantes y a la Comisión y se solicitó nuevamente al Estado que remitiera, a más tardar el 10 de agosto de 2012, la documentación faltante y copia legible de algunos folios de la sentencia absolutoria dictada el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Correccional N° 3 Secretaría N° 60, Capital Federal que se encontraban ilegibles. El 10 de agosto de 2012 el Estado remitió “copias mejoradas” de dichos folios y efectuó algunas aclaraciones con respecto a documentos que le fueron solicitados para mejor resolver, entre ellas, indicó que “no cuenta con una copia íntegra” del expediente del proceso penal contra el señor Mohamed, ya que “por el tiempo transcurrido dichas actuaciones [fueron] remitidas al Archivo General Penal del Poder Judicial de la Nación para su destrucción”. El 21 de agosto de 2012 fueron transmitidos a los representantes y a la Comisión las “copias mejoradas” de los folios y la información remitida por el Estado, y se les otorgó un plazo para que presentaran las observaciones que estimaran pertinentes respecto de dicha prueba. Después de una prórroga que le fue otorgada, el 24 de septiembre de 2012 la Comisión indicó que “no t[enía] observaciones que formular a la información aportada por el Estado” para mejor resolver. Los representantes no presentaron observaciones al respecto.

19. El 20 de septiembre de 2012 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, remitió información al Estado sobre las erogaciones efectuadas en aplicación del Fondo de

⁹ A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Rosa María Ortiz, Comisionada, y Silvia Serrano Guzmán, asesora de la Secretaría; b) por los representantes: Gustavo L. Vitale y Marcelo Torres Bóveda, defensores interamericanos y Daniel García Cánova, colaborador de los defensores interamericanos, y c) por el Estado: Javier Salgado, Agente, Director de la Dirección de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos, Cancillería Argentina; María Cecilia López Uhalde, Dirección de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos, Cancillería Argentina; Yanina Berra Rocca, Dirección General de Consejería Legal, Cancillería Argentina; María Eugenia Carbone, Coordinadora de Asuntos Internacionales de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, y Ramiro Badia, Asesor de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

¹⁰ El escrito fue presentado por los señores Diego Jorge Lavado, Daniel E. Rodríguez Infante, Andrés Rousset Siri e Ignacio G. Perotti Pincirolí y la señora María Milagros Noli, de la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

Asistencia Legal de Víctimas en el presente caso y, según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el Funcionamiento del referido Fondo, le otorgó un plazo para presentar las observaciones que estimara pertinentes. El 15 de octubre de 2012 el Estado indicó que “no tiene observaciones que realizar acerca de las [referidas] erogaciones”.

III EXCEPCIÓN PRELIMINAR ALEGADA IMPOSIBILIDAD DE LA CORTE DE CONOCER LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 8.4 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Alegatos del Estado y observaciones de la Comisión Interamericana y de los representantes

20. El Estado solicitó que se rechacen las alegaciones de los representantes de la presunta víctima relativas a la violación del artículo 8.4 de la Convención Americana debido a que la presunta violación al principio *non bis in idem* la estaban invocando “por primera vez en el presente proceso internacional”. Argentina sostuvo que la presunta víctima “ha consentido la supuesta violación [al principio *non bis in idem*] al no haberla planteado en tiempo oportuno, ni en sede interna ni en sede internacional” y que “[l]a conducta del señor Mohamed debe considerarse [...] como *estoppel*”. El Estado indicó que tal omisión de los representantes le negó la posibilidad de darle tratamiento y debida respuesta y que “[e]l carácter subsidiario del derecho internacional frente al derecho interno impide a [la] Corte tratar estos agravios”.

21. La Comisión indicó que la calificación jurídica que los representantes hicieron sobre la supuesta violación del artículo 8.4 de la Convención se basa en el marco fáctico de su Informe de Fondo. Asimismo, sostuvo que el hecho de que un peticionario no hubiera alegado una violación determinada bajo un artículo de la Convención ante la Comisión, “no implica en sí mismo una limitación para que en el proceso ante la Corte, contando con representación legal, efectúe alegatos de derecho autónomos de los de la [Comisión]”. Asimismo, afirmó que lo determinante respecto del derecho de defensa del Estado depende del grado de relación y conexidad entre la pretensión jurídica planteada ante la Corte y el objeto del caso tramitado y decidido por la Comisión. Además, mencionó que en la etapa de admisibilidad el Estado formuló su defensa de manera genérica, en el sentido de que en el proceso seguido contra el señor Mohamed había respetado las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención.

22. Los representantes manifestaron que sus alegatos se han mantenido dentro del marco fáctico presentado por la Comisión y, por lo tanto, solicitaron a la Corte que la excepción preliminar fuera desestimada. Asimismo, sostuvieron que “las violaciones a la Convención [no] pueden ser consentidas” por lo que su planteamiento “no ‘precluye’ por no haber sido invocado [...] con anterioridad por el afectado”.

Consideraciones de la Corte

23. La Corte ha afirmado que las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando

dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares¹¹. Si estos planteamientos no pudieran ser revisados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso, no pueden ser analizados mediante una excepción preliminar¹².

24. El Estado sustenta el planteamiento de la excepción preliminar fundamentalmente en que la violación al artículo 8.4 de la Convención alegada por los representantes no fue recurrida en el derecho interno ni tampoco alegada ante la Comisión, con lo cual se habría negado a Argentina la oportunidad de darle tratamiento y debida respuesta de acuerdo al carácter subsidiario del derecho internacional (*supra* párr. 20). Para solicitar a la Corte que rechace la excepción planteada, la Comisión y los representantes enfatizaron que la alegada violación al artículo 8.4 se refiere al marco fáctico presentado por la Comisión en el Informe de Fondo (*supra* párrs. 21 y 22).

25. Para resolver el planteamiento de Argentina la Corte se basa en su jurisprudencia constante. Este Tribunal ha establecido que las presuntas víctimas y sus representantes pueden invocar la violación de otros derechos distintos a los comprendidos en el informe de fondo, siempre y cuando se atengan a los hechos contenidos en dicho documento, en tanto son las presuntas víctimas las titulares de todos los derechos consagrados en la Convención¹³. La aplicación de tales criterios al presente caso requiere que la Corte verifique si la alegada violación al artículo 8.4 de la Convención se refiere a hechos contenidos en el marco fáctico expuesto por la Comisión en el Informe de Fondo.

26. Los representantes alegan la violación al principio de *ne bis in idem* argumentando que permitir la apelación de la sentencia de absolución a una parte distinta al imputado, es permitir una doble persecución que vulnera dicho principio (*infra* párr. 77).

27. La Corte constata que la supuesta violación al artículo 8.4 de la Convención está relacionada con el marco fáctico establecido por la Comisión en el Informe de Fondo, ya que se refiere a los hechos constituidos por las sentencias emitidas en el proceso penal seguido contra el señor Mohamed. La Comisión tuvo por probado en dicho informe que el señor Mohamed fue absuelto del delito de homicidio culposo mediante sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Nacional en lo Correccional No.3, Secretaría N° 60, Capital Federal, así como que dicha sentencia fue apelada y, en segunda instancia, el 22 de febrero de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó la sentencia de absolución y declaró al señor Mohamed culpable del delito de homicidio culposo. La Corte considera que, al alegar la violación al artículo 8.4 de la Convención, los representantes se refirieron a esos mismos hechos planteados por la Comisión en el Informe de Fondo pero a través de sus argumentos jurídicos los califican como una supuesta violación del principio de *ne bis in idem*.

28. Por consiguiente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado y, consecuentemente, en su análisis de fondo se pronunciará sobre la supuesta violación al artículo 8.4 de la Convención planteada por los representantes.

¹¹ Cfr. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 34, y *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párr. 30.

¹² Cfr. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 39, y *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 30.

¹³ Cfr. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 155, y *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 47.

IV COMPETENCIA

29. La Corte Interamericana es competente, en los términos del artículo 62.3 de la Convención, para conocer el presente caso, en razón de que Argentina es Estado Parte de la Convención Americana desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal en esa misma fecha.

V PRUEBA

30. Con base en lo establecido en los artículos 46, 47, 48, 50, 57, 58 y 59 del Reglamento, así como en su jurisprudencia respecto de la prueba y su apreciación¹⁴, la Corte examinará y valorará los elementos probatorios documentales remitidos por las partes y la Comisión en diversas oportunidades procesales, la declaración de la presunta víctima, los dictámenes periciales rendidos mediante declaración jurada ante fedatario público (*affidávit*) y en la audiencia pública ante la Corte, así como las pruebas para mejor resolver solicitadas por el Presidente del Tribunal (*supra* párrs. 14 y 15). Para ello, la Corte se atenderá a los principios de la sana crítica, dentro del marco normativo correspondiente¹⁵.

A) Prueba documental, testimonial y pericial

31. El Tribunal recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión Interamericana y los representantes¹⁶, adjuntos a sus escritos principales (*supra* párrs. 1 y 9) y a las observaciones de los representantes a la excepción preliminar interpuesta por el Estado (*supra* párr. 11), así como presentados por el Estado como prueba para mejor resolver solicitada por el Presidente del Tribunal (*supra* párrs. 15, 17 y 18). Asimismo, la Corte recibió las declaraciones rendidas ante fedatario público (*affidávit*) por la presunta víctima y por el perito Alberto Martín Binder. En cuanto a la prueba rendida en audiencia pública, la Corte escuchó las declaraciones de los peritos Alberto Bovino y Julio B. J. Maier¹⁷.

B) Admisión de la prueba

B.1) Admisión de la prueba documental

¹⁴ Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párrs. 69 al 76, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2011. Serie C No. 251, párr. 13.

¹⁵ Cfr. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, párr. 76, y Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 13.

¹⁶ El Estado no ofreció prueba al presentar su escrito de contestación.

¹⁷ Los objetos de todas estas declaraciones se encuentran establecidos en la Resolución del Presidente de la Corte de 4 de junio de 2012 (*supra* nota 7).

32. En el presente caso, como en otros, el Tribunal otorga valor probatorio a aquellos documentos presentados oportunamente por los representantes y la Comisión que no fueron controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fue puesta en duda¹⁸.

33. Igualmente, con respecto a algunos documentos señalados por los representantes y la Comisión por medio de enlaces electrónicos, el Tribunal ha establecido que si una parte proporciona al menos el enlace electrónico directo del documento que cita como prueba y es posible acceder a este no se ve afectada la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal, porque es inmediatamente localizable por el Tribunal y por las otras partes¹⁹. La Corte nota que al ofrecer como prueba diversas sentencias emitidas a nivel interno, los representantes mencionaron en su escrito de solicitudes y argumentos un enlace electrónico a través del cual no es posible acceder a la información señalada por ellos. Sin embargo, dicha prueba fue asimismo anexada vía correo electrónico el 11 de diciembre de 2011, dentro del plazo fijado para ello. En este caso, no hubo oposición u observaciones del Estado o la Comisión sobre el contenido y autenticidad de tales documentos.

34. El Estado presentó determinada documentación junto con sus alegatos finales escritos y mediante comunicaciones de 23 y 30 de julio y de 10 de agosto de 2012, en respuesta a los pedidos de información y prueba para mejor resolver realizados por el Presidente (*supra* párrs. 15, 17 y 18). La Corte estima procedente admitir los documentos aportados por Argentina, de conformidad con el artículo 58.b del Reglamento, los cuales serán valorados dentro del contexto del acervo probatorio.

B.2) Admisión de la declaración de la presunta víctima y de la prueba pericial

35. En cuanto a la declaración jurada de la presunta víctima y los dictámenes rendidos en la audiencia pública y mediante declaración jurada, la Corte los estima pertinentes sólo en lo que se ajusten al objeto que fue definido por el Presidente del Tribunal en la Resolución mediante la cual se ordenó recibirlos (*supra* párr. 12).

36. Conforme a la jurisprudencia de esta Corte, la declaración de la presunta víctima no puede ser valorada aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, ya que es útil en la medida en que puede proporcionar mayor información sobre las alegadas violaciones y sus consecuencias²⁰. Con base en lo anterior, el Tribunal admite la declaración del señor Mohamed (*supra* párr. 12), cuya valoración se hará con base en los criterios señalados.

37. Con base en lo antes expuesto, la Corte admite los peritajes señalados en cuanto se ajusten al objeto ordenado y los valorará conjuntamente con el resto del acervo probatorio,

¹⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 140, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 15.

¹⁹ Cfr. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 26, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 17.

²⁰ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 43, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 72.

teniendo en cuenta las observaciones del Estado y de conformidad con las reglas de la sana crítica²¹.

VI

HECHOS PROBADOS

38. En 1992 el señor Oscar Alberto Mohamed trabajaba en la ciudad de Buenos Aires como conductor de la línea de colectivos No. 2 de la empresa "Transporte 22 de setiembre"²². El 16 de marzo de dicho año el señor Mohamed se encontraba conduciendo un colectivo y aproximadamente a las 10:10 horas fue parte de un accidente de tránsito en la intersección de la Avenida Belgrano y la calle Piedras. El señor Mohamed conducía por la Avenida Belgrano, la cual tiene seis carriles de circulación de oeste a este y en su intersección con la calle Piedras había una senda o cruce peatonal y un semáforo. El señor Mohamed atropelló a una señora cuando se encontraba cruzando sobre la senda o cruce peatonal a mitad de la avenida. La señora sufrió graves lesiones y falleció aproximadamente a las 10:45 horas en el hospital al que fue trasladada²³.

39. El señor Mohamed estaba casado con la señora Julia Potenza, con quien tiene cuatro hijos: Javier Oscar, Ariel Alberto, Damián Darío y Daniel Alexis, quienes para la época de los hechos tenían 14, 12, 10 y 6 años, respectivamente²⁴.

A) Proceso penal contra el señor Mohamed

40. En razón de los hechos ocurridos el 16 de marzo de 1992, ese mismo día se inició la causa N° 25.013 ante el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, Capital Federal, contra el señor Mohamed por el delito de homicidio culposo²⁵. No fue aportada a esta Corte la copia completa del expediente penal debido a que "por el tiempo transcurrido dichas actuaciones [fueron] remitidas al Archivo General Penal del Poder Judicial de la

²¹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*, párr. 43, y *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 71.

²² Cfr. telegrama de 17 de junio de 1995 de notificación de despido dirigido a Oscar Alberto Mohamed por "Transporte 22 de setiembre" (expediente de anexos al Informe de Fondo 173/10, Anexo 12, folio 53), y declaración rendida por Oscar Alberto Mohamed ante fedatario público (*affidávit*) el 15 de junio de 2012 (expediente de fondo, tomo II, folio 758).

²³ Cfr. sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, Capital Federal (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 255 a 264); sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 308 a 323), y declaración rendida por Oscar Alberto Mohamed ante fedatario público (*affidávit*) el 15 de junio de 2012 (expediente de fondo, tomo II, folio 758).

²⁴ Cfr. certificado de matrimonio de Oscar Alberto Mohamed y Julia Potenza, y certificados de nacimiento de sus hijos Javier Oscar, Ariel Alberto, Damián Darío y Daniel Alexis Mohamed Potenza (expediente de anexos al Informe de Fondo 173/10, Anexos 3 y 4, folios 9 y 11 a 14).

²⁵ Cfr. sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, Capital Federal, *supra* nota 23, folios 252 a 267; cédula de notificación de 7 de septiembre de 1994 de la sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, Capital Federal (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 277) y oficio expedido el 29 de septiembre de 1994 por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, Capital Federal (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 284 y 285).

Nación para su destrucción”²⁶, pero fueron presentadas algunas decisiones judiciales y recursos interpuestos. El régimen procesal penal aplicado al señor Mohamed en el proceso penal en su contra fue el regido por el Código de Procedimientos en Materia Penal de 1888 (Ley 2372), con sus respectivas modificaciones²⁷.

41. El Fiscal Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 14 presentó acusación contra el señor Mohamed como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo previsto en el artículo 84 del Código Penal y solicitó que se le impusiera “la pena de un año de prisión e inhabilitación especial por seis años con costas”. El fiscal formuló acusación contra el señor Mohamed por haber atropellado a la referida señora. El abogado del querellante solicitó que se condenara al señor Mohamed “a la pena de un año de prisión, inhabilitación especial para conducir por seis años y al pago de las costas procesales”. El abogado defensor del señor Mohamed solicitó al juez su absolución²⁸.

42. El referido artículo 84 del Código Penal de la Nación Argentina (Ley 11.179) disponía que:

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte²⁹.

43. Después de haberse recibido la prueba, el Ministerio Público pidió el sobreseimiento definitivo en la causa, el representante del querellante “formuló acusación” y la defensa solicitó la absolución³⁰.

A.1) Sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, Capital Federal

44. El 30 de agosto de 1994 el Juzgado Nacional en lo Correccional No. 3 emitió sentencia, mediante la cual resolvió, *inter alia*:

I) ABSOLV[ER] de culpa y cargo a OSCAR ALBERTO MOHAMED [...] por el delito de homicidio culposo, previsto y reprimido en el art. 84 del Código Penal, en el que resultare damnificada Adelina Vidoni de Urli.

II) SIN COSTAS (conf. artículo 29, inc. 3 del Código Penal y art. 144 y 496 inc. 3 del Código de Procedimientos en Materia Penal).

²⁶ Cfr. nota DCINT No 624/2012 de 10 de agosto de 2012 enviada por el Estado a la Corte Interamericana (expediente de fondo, Tomo III, folio 1173), y oficio de 21 de mayo de 2012 suscrito por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 374 y 375).

²⁷ La normativa procesal penal aplicada en el proceso no fue aportada al acervo probatorio del presente caso. Sin embargo, el Tribunal entiende que esa fue la normativa aplicada con base en: lo indicado por los representantes en su escrito de solicitudes y argumentos (expediente de fondo, tomo I, folio 327); las piezas del expediente penal aportadas (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012), y en la explicación expuesta en el escrito aportado en calidad de *amicus curiae* en el acápite titulado “Estado de situación sobre la legislación procesal penal vigente en Argentina al momento de los hechos y sus posteriores reformas” (expediente de fondo, tomo II, folios 811 y 812).

²⁸ Cfr. sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3 Secretaría N° 60, Capital Federal, *supra* nota 23, folios 254 a 267.

²⁹ Cfr. Código Penal de la Nación Argentina y Legislación Complementaria, Ley 11.179 de 29 de octubre de 1921 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 79).

³⁰ Cfr. sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, Capital Federal, *supra* nota 23, folio 266.

III) REGULANDO los honorarios profesionales del Dr. Roque Mantione en la suma de [...] ³¹.

45. En sus consideraciones sobre la responsabilidad penal del señor Mohamed, la sentencia consideró, *inter alia*, “que la versión dada por el procesado no puede ser desvirtuada con el plexo cargoso reunido en estas actuaciones”. El juzgado indicó que valoró, entre otras pruebas, que las personas que rindieron testimonio no presenciaron el suceso, con excepción de una de ellas, y expuso los motivos por los cuales consideró que esta última incurre en contradicciones, siendo una de esas contradicciones “grave” y por ello “sus dichos los valora[...] con mucha reserva”. El juzgado también hizo referencia a que la acusación fiscal no imputaba al señor Mohamed haber violado la luz roja del semáforo. Al respecto, el juzgado afirmó que “[a]nte la presencia de la señal lumínica tiene prioridad de paso el que circula con luz verde y en este caso, no existe probanza alguna que permita desvirtuar lo manifestado por el procesado, [en cuanto a que] él tenía paso por la avenida por la luz verde del semáforo ubicado en esa intersección”. Asimismo, indicó que tomaba en cuenta que la persona que fue atropellada “se encontraba en el medio de la avenida y su presencia habría sido ocultada por el colectivo que estaba a su derecha”. Finalmente, el juzgado analizó que la querella imputó que el señor Mohamed circulaba a excesiva velocidad y, al respecto, el juzgado indicó que valoraba los informes del ingeniero de Accidentes Viales de la Policía Federal y del perito de parte por la defensa, quienes concluyeron que es posible frenar brusca e intempestivamente con el colectivo yendo a 10 km/h, lo cual para el juzgado contraviene la postura de la parte querellante. Finalmente, el juzgado indicó que consideraba que “si bien puede existir la sospecha en [el] animo [del juzgador] respecto a si [el señor Mohamed] violó o no la luz roja del semáforo, no está acreditada fehacientemente su culpabilidad” y manifestó que “[n]o encuentr[a] prueba legal hábil que invalide la original presunción de inocencia y que descarte la regla del ‘favor rei’ (art. 13 del código adjetivo [...]” ³².

A.2) *Apelación de la sentencia absolutoria*

46. El 31 de agosto de 1994, al ser notificado de la sentencia absolutoria, el fiscal del Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra los puntos dispositivos I y II del fallo referentes a la absolución y costas (*supra* párr. 44) ³³. Los días 9 y 20 de septiembre de 1994 el señor Roque J. Mantione, abogado defensor del señor Mohamed, interpuso recurso de apelación contra los honorarios regulados en el punto III del mencionado fallo absolutorio ³⁴. El 14 de septiembre de 1994 el representante del querellante interpuso recurso de apelación contra los puntos I y III de la sentencia absolutoria, relativos a la

³¹ Cfr. sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, de Capital Federal, *supra* nota 23, folio 266.

³² Cfr. sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, de Capital Federal (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 252 a 267).

³³ Cfr. recurso de apelación interpuesto el 31 de agosto de 1994 por el fiscal del Ministerio Público contra la sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Correccional N° 3 Secretaría N° 60 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 268), y sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Correccional N° 3 Secretaría N° 60, *supra* nota 23, folios 266 y 267.

³⁴ Cfr. recursos de apelación interpuestos los días 9 y 20 de septiembre de 1994 por el abogado defensor de Oscar Alberto Mohamed contra la sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Correccional N° 3 Secretaría N° 60 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 270 y 279); memorial de agravios presentado por el señor Roque J. Mantione, abogado defensor de Oscar Alberto Mohamed, el 16 de noviembre de 1994 en la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 301 a 307).

absolución y a los honorarios del abogado defensor (*supra* párr. 44)³⁵. De la parte del expediente penal aportado, surge que la normativa vigente permitía que al interponerse los recursos no se presentaran agravios o argumentos de sustento, lo cual se realizaba con posterioridad (*infra* párr. 47). El 29 de septiembre de 1994 el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, de Capital Federal concedió los referidos recursos de apelación y ordenó elevar la causa al superior³⁶. Al día siguiente, la causa fue asignada por sorteo a la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional, compuesta por tres jueces³⁷.

47. El 31 de octubre de 1994 se ordenó “fij[ar] audiencia para el día 17 de noviembre de 1994 a las 10 horas, estableciéndose el término de 15 minutos para que la querella y la defensa expresen lo que a su derecho convenga”³⁸. El 15 de noviembre de 1994 el representante del querellante presentó su memorial de expresión de agravios, solicitando que se “revo[car] el fallo apelado y conden[ara] al [señor Mohamed] al injusto previsto y reprimido en el art. 84 del Código Penal, como así también que le imp[usiera] las costas de es[e] juicio”³⁹. El 16 de noviembre de 1994 el defensor del señor Mohamed presentó su memorial de expresión de agravios, en el cual solicitó que “se confirm[ara] la sentencia de primera instancia” y sustentó el recurso de apelación contra la regulación de honorarios. En dicho escrito, el defensor del señor Mohamed también solicitó que se admitiera “el memorial en sustitución del informe oral decretado” para presentar la fundamentación respectiva⁴⁰. El Ministerio Público Fiscal no presentó agravios que sustentaran el recurso de apelación interpuesto. Según explicó el Estado a esta Corte, de acuerdo a la legislación procesal vigente para ese momento, ello “no impedía el tratamiento del recurso de apelación por parte del tribunal interviniente”⁴¹.

A.3) Sentencia condenatoria emitida en segunda instancia

48. El 22 de febrero de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió sentencia, en la cual resolvió, *inter alia*: revocar el punto I dispositivo de la sentencia apelada (*supra* párr. 44) y condenar al señor Mohamed “por

³⁵ Cfr. recurso de apelación interpuesto el 14 de septiembre de 1994 por el representante del querellante contra la sentencia emitida el 30 de agosto de 1994 por el Juzgado Correccional N° 3 Secretaría N° 60 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 274).

³⁶ Cfr. oficio de fecha 29 de septiembre de 1994 expedido por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60, Capital Federal, (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 284 y 285).

³⁷ Cfr. certificación expedida el 30 de septiembre de 1994 por la Secretaría de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 287), y sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, *supra* nota 23, folios 320 y 323).

³⁸ Cfr. oficio expedido el 31 de octubre de 1994 por la Secretaría de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 292).

³⁹ Cfr. memorial de agravios presentado por el representante del querellante el 15 de noviembre de 1994 en la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 293).

⁴⁰ Cfr. memorial de agravios presentado por el abogado defensor de Oscar Alberto Mohamed el 16 de noviembre de 1994 en la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 305).

⁴¹ Cfr. nota DCINT No 624/2012 de 10 de agosto de 2012 enviada por el Estado a la Corte Interamericana (expediente de fondo, Tomo III, folio 1173).

encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo a la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y a ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier clase de automotor (arts. 26 y 84 del Código Penal)", y revocar el punto II dispositivo del fallo recurrido e imponer las costas de ambas instancias al condenado⁴².

49. En dicho fallo, la Sala Primera indicó, *inter alia*, que no compartía la posición de "la a quo[, que] puso la lupa, para advertir la culpa, únicamente sobre quien – si el acusado o la víctima – tenían habilitado el paso por la luz del semáforo, como si la existencia de tal autorización municipal pudiera relevar de toda responsabilidad al acusado y suplir la necesidad de indagar cuál fue realmente la conducta que, contrariando el deber de cuidado objetivo, motivó el resultado punible". La Sala, seguidamente, afirmó que el señor Mohamed "incumplió la norma que prohíbe sobrepasar a otro en los cruces de calle, precisamente para preservar a los conductores la necesaria visibilidad en todo momento y el consiguiente dominio de la acción". Asimismo, la Sala sostuvo que "[el] relato [del señor Mohamed al rendir declaración indagatoria permitía] advertir la imprudencia puesta de relieve por el acusado en la conducción del vehículo a su cargo". La Sala calificó la versión de los hechos dada por el procesado como "casi una confesión de conducta imprudente". La Sala afirmó que "[l]as normas de cuidado, por ser normas de prevención objetivas, no son disponibles por los particulares ni, por tanto, abrogables por el desuetudo" y, respecto de tales normas, afirmó lo siguiente:

Entre tales normas aplicables al caso, que, por lo dicho, son normas de práctica internacional, una establece el deber para quien crea un riesgo a terceros, de conducirse de modo de tener en todo momento el debido control de ese riesgo, para poder impedir cualquier daño a terceros, que pudiera provenir de circunstancias posibles y previsibles; otra, ligada con aquélla, impone a quien procure adelantarse a otro vehículo la obligación de preservar la necesaria visibilidad, no debiendo, por tanto, iniciar esa maniobra ante una encrucijada, curva, puente u otro lugar peligroso, y una tercera otorga prioridad de paso al peatón cuando éste cruza sobre la senda peatonal, de un modo absoluto en los lugares donde no hay indicadores mecánicos, y de un modo relativo, donde hay señales fijas, pues debe hacerlo con arreglo a las indicaciones de las mencionadas señales. En nuestra legislación, tales principios están contenidos en los arts 37, 39 y 40 del Decreto Ley N°, 692/92, reglamentario del tránsito automotor⁴³.

Seguidamente, la Sala consideró que "Mohamed, a despecho de todo cuidado razonable y garantizador de bienes de terceros, puso su vehículo en marcha de modo de sobrepasar por la izquierda al otro colectivo, con lo cual, y al quedar rezagado, se quitó a sí mismo, y voluntariamente, toda posibilidad de evitar embestir a la peatón que aún cruzaba la calzada, a diferencia del colectivo de la línea 103, que, por guardar la debida visión del campo de su desplazamiento, pudo evitarlo". La Sala agregó que "para tener por configurada la culpa penalmente reprochable" también tomaba en cuenta la declaración de un testigo presencial que había sido valorado con reserva por el juzgado, y se refirió a esa prueba⁴⁴.

⁴² Cfr. sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, *supra* nota 23, folio 321.

En cuanto a la pena de prisión que se deja "en suspenso", la Corte nota que el referido artículo 26 del Código Penal establecía que "[e]n los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada [...]. No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación". Cfr. Código Penal de la Nación Argentina y Legislación Complementaria, Ley 11.179 de 29 de octubre de 1921, *supra* nota 29, folio 67.

⁴³ Cfr. sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, *supra* nota 23, folios 308 a 323.

⁴⁴ Cfr. sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, *supra* nota 23, folios 308 a 323.

50. El ordenamiento jurídico aplicado en el proceso contra el señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir esa sentencia condenatoria de segunda instancia⁴⁵.

B) Recursos judiciales posteriores

B.1) Recurso extraordinario federal⁴⁶

51. El único recurso disponible contra esa sentencia condenatoria definitiva era el recurso extraordinario federal, previsto en el artículo 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y cuyos supuestos de procedencia establecidos por ley estaban limitados a la cuestión federal y la arbitrariedad manifiesta de la sentencia (*infra* párrs. 102 y 103). El recurso se debía interponer “ante el juez, tribunal u organismo administrativo que dictó la resolución que lo motiva”, el cual “decidirá sobre la admisibilidad del recurso” y, “[s]i lo concediere, [...] deberá remitir las actuaciones a la Corte Suprema” de Justicia de la Nación⁴⁷.

52. El 13 de marzo de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un recurso extraordinario federal contra la sentencia condenatoria ante la misma Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que dictó dicha sentencia, “de conformidad con los arts. 256 y 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” y “con fundamento en los arts. 14 y 15 de la Ley 48”. El defensor solicitó a la referida Sala que tuviera por presentado el recurso en tiempo y forma, que hiciera lugar al mismo y elevara las actuaciones al Superior y que, en la instancia superior, “se disp[usiera] la anulación de la sentencia definitiva [...] ordenándose el dictado de un nuevo fallo conforme a derecho”⁴⁸. El defensor del señor Mohamed sostuvo en dicho recurso que se habían

⁴⁵ Cfr. declaración pericial rendida por Julio B. J. Maier ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 20 de junio de 2012, y declaración pericial rendida por Alberto Bovino ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada el 20 de junio de 2012. En igual sentido, el escrito presentado en calidad de *amicus curiae* por la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (expediente de fondo, tomo II, folio 823).

⁴⁶ En esta sentencia la Corte utilizará las denominaciones “recurso extraordinario federal” o “recurso extraordinario” para referirse al medio de impugnación procesal consagrado en el artículo 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como “recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia” y que la Ley 48 de 1863, a la cual remite la anterior norma, en su artículo 14 regula cuando establece las causales en las que “podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas” (anexos al Informe de Fondo 173/10, Anexo 16). La Corte hace notar que la Comisión, las partes, los peritos y el escrito allegado en calidad de *amicus curiae*, se refieren a dicho recurso indistintamente como “recurso extraordinario”, “recurso extraordinario ante la Corte Suprema” o “recurso extraordinario federal”. En la presente Sentencia, el Tribunal se referirá a dicho recurso principalmente como “recurso extraordinario federal”, tomando en cuenta que esta acepción identifica esta institución procesal en razón de su objeto. Al respecto, el perito Julio B. J. Maier manifestó ante esta Corte que “el recurso extraordinario en Argentina solo introduce cuestiones federales, es un recurso muy limitado a ciertas cuestiones jurídicas, y jurídicas federales”.

⁴⁷ Cfr. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17.454), artículos 256 y 257 (Anexos al Informe de Fondo 173/10, Anexo 16). La Comisión ofreció como Anexo 16 las “[p]artes pertinentes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. Disponible en: [http://novo.dir_eitoprocesual.org.br/fileManager/Codigo procesal civil y comercial de la nacin.pdf](http://novo.dir_eitoprocesual.org.br/fileManager/Codigo%20procesal%20civil%20y%20comercial%20de%20la%20nacin.pdf)”. Según lo indicado en el artículo 256 del referido Código, los supuestos de procedencia del recurso extraordinario se encuentran previstos “por el artículo 14 de la ley 48”. La Comisión Interamericana no aportó la referida Ley 48, pero en el artículo 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ofrecido como Anexo 16 aparece transcrito el contenido del artículo 14 de la Ley 48. La Corte hace notar que el Estado no presentó observación alguna con respecto al contenido del documento ofrecido por la Comisión como Anexo 16 a su Informe de Fondo, a pesar de que el enlace electrónico proporcionado por la Comisión no proviene de un sitio web oficial de Argentina.

⁴⁸ Cfr. recurso extraordinario interpuesto el 13 de marzo de 1995 por el abogado defensor de Oscar Alberto Mohamed contra la sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de

afectado garantías constitucionales que habilitaban la vía federal y, entre los motivos de agravio, se refirió a: i) el “defecto en la fundamentación normativa” por haber “busca[do] sustento en una normativa inaplicable al caso” debido a que el decreto citado en el fallo no se encontraba vigente a la fecha del accidente de tránsito; ii) la autocontradicción en la sentencia; iii) haberse prescindido de prueba decisiva, entre ella “la planimetría [... que] señala que desde la parada del colectivo de la línea 2 hasta el comienzo de la bocacalle con Piedras hay una distancia de 76,06 mts”, lo cual demostraría que “la maniobra que relata Mohamed, de girar hacia la izquierda y avanzar por sobre el [colectivo] 103 es correcta [... y] la hizo a más de 70 mts de la encrucijada y sin provocar inconveniente de ningún tipo al tránsito”; y iv) que el fallo se sustenta “en afirmaciones dogmáticas, que no se compadecen con los hechos ni el derecho”⁴⁹.

53. El 7 de abril de 1995 el Fiscal de Cámara N° 1 presentó un dictamen, en el cual consideró que correspondía “rechazar el recurso extraordinario”, con base en que la doctrina de la arbitrariedad invocada por el defensor “tiene excepcional carácter” y “[su] concesión automática importaría abrir una tercera instancia ordinaria en los casos en que las partes consideran desacertada la solución que los jueces han dado a la causa”. Asimismo, el fiscal afirmó, en cuanto a la cita del Decreto 692/92 realizada en la sentencia, que “si bien [dicha norma] es inaplicable, la solución final a la que se arriba no difiere de la que hubiera llegado sobre la base de las normas de tránsito vigentes al momento del hecho [...] que recepta pautas similares a los deberes objetivos de cuidado en lo atinente a las reglas generales de conducción, forma de adelantarse a otro vehículo y a la prioridad de paso de los peatones [...]”⁵⁰. El 27 de abril de 1995 el representante del querellante presentó un escrito de contestación de traslado del recurso extraordinario interpuesto por el defensor del señor Mohamed, en el cual solicitó a la Cámara que rechazara el recurso⁵¹.

54. El 4 de julio de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió una resolución, mediante la cual resolvió “rechazar con costas, el recurso extraordinario”⁵². El tribunal sostuvo, *inter alia*, que los argumentos presentados por la defensa “se refieren a cuestiones de hecho, prueba y derecho común,

Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 330 y 344).

⁴⁹ Cfr. entre las cuales el defensor destacó que: a) el fallo afirmó que el señor Mohamed no debió iniciar el adelantamiento “ante una encrucijada”, cuando según el defensor el adelantamiento “guardaba todas las medidas de prevención exigibles” y se realizó cuando el señor Mohamed se encontraba a 76,06 metros de donde ocurrió el accidente; y b) no es un razonamiento lógico que el fallo hubiere afirmado que el señor “Mohamed se quitó a sí mismo y voluntariamente toda posibilidad de embestir a la víctima”. Sobre este último el defensor indicó que “es obvio que al circular en paralelo con otro vehículo, en una Avenida de cinco o seis carriles no se visualiza hacia los costados” y que “[p]recisamente la Avda. Belgrano con un solo sentido de circulación y varios carriles está dispuesta para que se utilicen todos éstos y los rodados transiten a distintas velocidades o si las contingencias de tránsito lo requieren a la misma”. Según el defensor la falta de lógica del referido razonamiento del fallo condenatorio “se percibe si imaginamos que en todas las avenidas con señalizaciones semaforales, debieran frenar todos los vehículos que no tienen visión hacia sus laterales”. Cfr. recurso interpuesto el 13 de marzo de 1995 por el abogado defensor de Oscar Alberto Mohamed contra la sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 343 y 344).

⁵⁰ Cfr. informe fiscal presentado el 7 de abril de 1995 por el Fiscal de Cámara respecto del recurso extraordinario interpuesto por el abogado defensor de Oscar Alberto Mohamed (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 351 y 352).

⁵¹ Cfr. escrito de contestación presentado el 27 de abril de 1995 por el representante del querellante contra el recurso extraordinario interpuesto por el abogado defensor de Oscar Alberto Mohamed (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 360).

⁵² Cfr. decisión emitida el 4 de julio de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 363).

que ha[bían] sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado” y que este recurso “no tiene por objeto convertir a la Corte Suprema de la Justicia de la Nación en una tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales”. El tribunal sostuvo que este recurso “atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional[...]”. Seguidamente, el tribunal afirmó que:

[s]i bien el Tribunal ha incurrido en un error material, al citar [dicho] decreto, que no se hallaba vigente al momento del hecho, el reproche dirigido al procesado se basa en la violación del deber objetivo de cuidado en que éste incurriera, circunstancia que se halla debidamente acreditada en los presentes y que, por otra parte, como se ha referido precedentemente, no es materia de discusión por esta vía⁵³.

55. El mencionado Decreto 692/92 que contempla el Reglamento de Tránsito y Transporte, fue publicado en el Boletín Oficial N° 27.379 de la República Argentina el 30 de abril de 1992⁵⁴.

B.2) *Recurso de queja*

56. Si el recurso extraordinario federal es declarado inadmisibile, se puede interponer una “queja por recurso denegado” para solicitar a la Corte Suprema que otorgue el recurso denegado⁵⁵.

57. El 18 de julio de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación “por haberse[l]e denegado el Recurso extraordinario interpuesto contra el fallo definitivo dictado en segunda instancia” y solicitó que se anulara la sentencia recurrida y se ordenara dictar un nuevo fallo. El defensor señaló que “existe arbitrariedad en la sentencia y también en la resolución que deniega el Recurso Extraordinario”. Reiteró su posición sobre la aplicación retroactiva del Decreto 692/92 en este caso y añadió que en la “legislación [argentina] no existe el delito de ‘violación del deber objetivo de cuidado’” como figura autónoma, siendo necesario sustentarla en “normas específicas”. Según la defensa, al haberse referido como fuente normativa al mencionado decreto, la Cámara “cre[ó] una figura autónoma” pues dicha norma no es aplicable a los hechos del caso. Respecto a la posibilidad de que la Corte Suprema “rechazar[e] el Recurso [...] cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia” por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, enfatizó que en el presente caso el señor Mohamed había sido condenado con posteridad a la revocación de la absolución dictada en primera instancia y que “se enc[ontraban] comprometidos convenios internacionales suscriptos por la Nación”, respecto de los cuales la Corte Suprema había dispuesto recientemente que le correspondía aplicarlos. Señaló además que el fallo que rechazó el recurso extraordinario violó el artículo 9 de la Convención Americana⁵⁶.

⁵³ Cfr. decisión emitida el 4 de julio de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, *supra* nota 52, folios 362 y 363.

⁵⁴ Cfr. Decreto 692/92 mediante el cual se aprobó el “Reglamento de Tránsito y Transporte” de 27 de abril de 1992, publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina N° 27.379 el 30 de abril de 1992 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 40 a 49).

⁵⁵ Cfr. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17.454), artículos 282 a 287, *supra* nota 47.

⁵⁶ Cfr. recurso de “[q]ueja por denegación de recurso” interpuesto por el abogado defensor de Oscar Alberto Mohamed ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 18 de julio de 1995 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 2 a 9).

58. El 19 de septiembre de 1995 la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió una decisión, mediante la cual “desestim[ó] la queja” con base en que “el recurso extraordinario, cuya denegación motiva[ba] la [...] queja, [era] inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”⁵⁷.

B.3) Solicitud de “revocatoria”

59. El 27 de septiembre de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un escrito ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación solicitándole que revocara la decisión que desestimó el recurso de queja. Expuso, entre otros alegatos que, con la desestimación del recurso de queja, la Corte Suprema “ha[bía] negado la jurisdicción y [el señor Mohamed] no ha[bía] sido oíd[o] con las garantías debidas” configurándose una violación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, sostuvo que al “hab[er] aplicado retroactivamente una normatividad”, la revocatoria de la sentencia absolutoria había violado, entre otros, el artículo 9 de dicha Convención. También afirmó que al interponer el recurso de revocatoria buscaba cumplir con el requisito de agotamiento de recursos de jurisdicción a nivel interno con el fin de poder acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵⁸.

60. El 19 de octubre de 1995 la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed en tanto “las sentencias del Tribunal no son susceptibles de reposición o revocatoria”⁵⁹.

C) Consecuencia de la inhabilitación penal para conducir

61. El 17 de julio de 1995, después de haberse rechazado el recurso extraordinario federal (*supra* párr. 54), el señor Mohamed fue despedido de su empleo como chofer de colectivo. De acuerdo al telegrama que le fue enviado para comunicarle su despido, este tuvo lugar en razón de “su inhabilitación penal para conducir”. En el mismo documento

⁵⁷ El artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, relativo al “Procedimiento ante la Corte Suprema”, estipula en lo relevante que “[...] La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esa norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. [...]”. *Cfr.* Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17.454), artículos 282 a 287, *supra* nota 47, y decisión emitida el 19 de septiembre de 1995 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 13).

⁵⁸ *Cfr.* escrito presentado el 27 de septiembre de 1995 por el abogado defensor de Oscar Alberto Mohamed contra la decisión emitida el 19 de septiembre de 1995 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folios 15 y 16).

⁵⁹ *Cfr.* decisión emitida el 19 de octubre de 1995 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012, folio 18).

Al respecto, el 31 de octubre de 1995 el defensor del señor Mohamed “formul[ó] manifestación” en relación con el pago de un depósito por la interposición del recurso de queja de acuerdo a lo previsto en el artículo 286 del Código de Procedimientos en Materia Penal, ley 2372 de 1888, y reiteró su solicitud a la Corte Suprema de Justicia para que “se [le] eximiera” de dicho pago. Manifestación-Acredita Depósito Artículo 286 C.P.C.C presentado por Roque J. Mantione, abogado defensor de Oscar Alberto Mohamed recibido en la Corte Suprema de Justicia el 31 de octubre de 1995 (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado el 23 de julio de 2012, folios 19 a 21).

también se menciona “[c]ontrato trabajo resuelto[,] su culpa”⁶⁰. El señor Mohamed devengaba un salario mensual de 500 pesos con 75/100⁶¹.

VII

DERECHO A LAS GARANTIAS JUDICIALES, EN RELACIÓN CON EL DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNO Y LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS

A) Introducción

62. En el presente caso tanto la Comisión como los representantes han alegado que en el proceso penal seguido contra el señor Mohamed a través del cual se estableció su responsabilidad por la comisión del delito de homicidio culposo, se violó el derecho a recurrir del fallo, garantía judicial protegida en el artículo 8.2.h⁶² de la Convención Americana, y el deber dispuesto en el artículo 2⁶³ de la misma de adoptar disposiciones de derecho interno. Asimismo los representantes sostuvieron que, al haberse revocado la sentencia absolutoria de primera instancia, se produjo una violación al artículo 8.4 de la Convención, y también presentaron alegatos sobre una supuesta violación al derecho de defensa del señor Mohamed en dicho proceso penal.

63. Adicionalmente, la Comisión y los representantes alegaron que las decisiones judiciales emitidas por la Sala Primera de la Cámara y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver sobre la inadmisibilidad del recurso extraordinario federal y del recurso de queja, produjeron violaciones al derecho de defensa protegido en el artículo 8.2.c⁶⁴ de la Convención y al derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo consagrado en el artículo 25.1⁶⁵ de la misma. Los representantes sostuvieron que tales decisiones

⁶⁰ Cfr. telegrama de 17 de junio de 1995 de notificación de despido dirigido a Oscar Alberto Mohamed por “Transporte 22 de setiembre” (expediente de anexos al Informe de Fondo 173/10, Anexo 12, folio 53).

⁶¹ Cfr. recibo de pago No. 4/0041 de abril de 1995 de Transporte 22 de setiembre a Oscar Alberto Mohamed (expediente de anexos al Informe de Fondo 173/10, Anexo 2, folio 7).

⁶² El artículo 8 (Garantías Judiciales) de la Convención establece, en lo relevante, que:

2. 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.

⁶³ El artículo 2 de la Convención dispone que “[s]i el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁶⁴ El artículo 8 (Garantías Judiciales) de la Convención establece, en lo relevante, que:

2. 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:

[...]

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

⁶⁵ El artículo 25.1 de la Convención Americana establece que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

judiciales también implicaron violaciones al artículo 8.1⁶⁶ de la Convención, en relación con el derecho a ser oído y el deber de motivar.

64. Los argumentos de la Comisión y los alegatos de las partes sobre esas supuestas violaciones se encuentran resumidos en el siguiente acápite, para luego pasar a las consideraciones de la Corte.

B) Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

B.1) Alegada violación al derecho de recurrir del fallo (artículo 8.2.h. de la Convención), en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención)

65. La Comisión sostuvo que la garantía establecida por el artículo 8.2.h de la Convención no consiste en “un derecho a ‘dos instancias’, sino a una revisión, por parte de un tribunal superior, del fallo condenatorio [...] independientemente de la etapa en que [este] se produzca”, conclusión que apoya “no sólo [en el] texto del artículo 8.2.h) [...] que no distingue entre etapas procesales, sino de los trabajos preparatorios de la Convención Americana en los cuales se refleja la modificación de un borrador inicial que se limitaba a la revisión del fallo en “primera instancia”. Asimismo, se refirió al “criterio del Comité de Derechos Humanos que ha interpretado el artículo 14.5 del Pacto”. Resaltó también que “toda persona condenada, aun en segunda instancia tras la absolución en primera instancia, tiene derecho a solicitar una revisión de cuestiones de diverso orden y a que las mismas sean analizadas efectivamente por el tribunal jerárquico que ejerce la revisión, precisamente con el objeto de corregir posibles errores de interpretación, de valoración de pruebas o de análisis, tal y como lo alegó la defensa del [señor] Mohamed en cada una de las instancias a las que recurrió”. La Comisión sostuvo que contra la sentencia penal condenatoria impuesta en la segunda instancia contra el señor Mohamed “únicamente procedía el recurso extraordinario” y que este “no otorga una revisión oportuna, accesible y eficaz de acuerdo con los estándares [convencionales]”, puesto que el alcance de esa revisión es limitado y restringido a cuestiones de constitucionalidad y arbitrariedad manifiestas. Asimismo, indicó que la invocación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación permite a la Corte Suprema de Justicia hacer una revisión discrecional del recurso extraordinario, ya que puede rechazarlo “sin [...] examinar el fondo del asunto”. Para la Comisión “[l]a inexistencia de un recurso efectivo que proporcione una revisión de acuerdo con los parámetros establecidos en el [...] Informe [de Fondo], constituye una violación [del Estado] a su deber de adoptar disposiciones de derecho interno consagrado en el artículo 2 de la Convención”.

66. La Comisión también se refirió al alegato expuesto por Argentina en su contestación (*infra* párr. 68) sobre la supuesta imposibilidad de la Corte para conocer el fondo respecto del artículo 8.2.h, y manifestó que se trata de una cuestión de carácter preliminar, aun cuando no fue calificada como tal por el Estado. Asimismo, respecto de lo afirmado por el Estado en cuanto a que este habría manifestado en “todas sus respuestas” en el procedimiento ante la Comisión que el señor Mohamed no planteó un argumento respecto del derecho a recurrir del fallo, la Comisión indicó que considera que ese alegato nunca fue propuesto con el fin de “otorgarle consecuencias jurídicas sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la petición [...] ni alegó que esta situación imposibilitara a la

⁶⁶ El artículo 8.1 de la Convención Americana establece que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Comisión conocer los hechos del caso”. Para la Comisión, los fundamentos del argumento presentado por Argentina ante la Corte se basan en los elementos del requisito convencional de admisibilidad de falta de agotamiento previo de recursos internos, lo que contradice lo que manifestó expresamente en su escrito de 31 de octubre de 1996, donde afirmó que “han sido interpuestos y agotados los recursos de la jurisdicción interna de conformidad con los principios del derecho internacional tal como se exige en el artículo 46.1.a) de la Convención”. Por lo anterior, la Comisión califica los alegatos del Estado como extemporáneos.

67. Los representantes de la presunta víctima afirmaron que para que las garantías judiciales dentro del proceso penal sean respetadas “el imputado necesita contar con la posibilidad de impugnar las decisiones que le causan perjuicio, como es, [...] una condena penal”. Indicaron que el señor Mohamed no contó con un recurso en los términos garantizados por el artículo 8.2.h de la Convención puesto que, siendo el recurso extraordinario federal el único previsto por la ley procesal argentina para impugnar la sentencia condenatoria de segunda instancia, el mismo “no permitía una revisión oportuna, eficaz y accesible”. Afirmaron que las causales de procedencia del recurso extraordinario federal están limitadas a la inconstitucionalidad y arbitrariedad manifiestas, lo que no permite la revisión de los hechos y el derecho contenido en la sentencia. Para los representantes, el rechazo del recurso extraordinario por parte de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones así como los posteriores rechazos de los recursos de queja y revocatoria por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituyeron también una violación del derecho del señor Mohamed “a [...] ser oído mediante recurso y, por ende, a las garantías judiciales”. Asimismo, hicieron suyas las consideraciones de la Comisión en cuanto al deber de adecuación del derecho interno.

68. El Estado alegó que la Corte está imposibilitada de conocer el fondo respecto del artículo 8.2.h de la Convención porque el señor Mohamed “en ningún momento [...] alegó la existencia de [la] violación [al derecho a recurrir del fallo] al interponer los correspondientes recursos (extraordinario, queja y reposición), consintiendo tal estado de cosas, por lo que mal pudo el Estado, en sede doméstica, dar respuesta a agravios que nunca le fueron sometidos a su consideración”. Argentina sostuvo que “no resulta pertinente alegar una supuesta falencia interna en la respuesta judicial, dado que debe entenderse que el resultado en sede interna derivó de la omisión en el planteo de los agravios del recurrente”. En apoyo de ese argumento el Estado se refirió a una decisión proferida por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al resolver un recurso de inconstitucionalidad, que tendría características similares al recurso extraordinario federal y donde se habría protegido el “principio del doble conforme”. Además, el Estado sostuvo que “[e]n todas sus respuestas a la Comisión Interamericana [...] siempre hizo referencia a que el peticionario no planteó una cuestión federal” respecto de “la conculcación de su derecho a que su sentencia condenatoria sea revisada en los términos del art. 8.2.h de la Convención”. El Estado afirmó que, con base en tales razones y por el carácter subsidiario del derecho internacional, “no puede la Corte entrar a tratar agravios que no se han expresado en sede local”. Por otra parte, el Estado sostuvo que el derecho internacional comparado habilita excepciones al derecho a recurrir condenas penales, respecto de lo cual se refirió al inciso 2 del artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

B.2) Alegada violación a la garantía de concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa (artículo 8.2.c de la Convención)

69. La Comisión sostuvo que el Estado había violado el derecho a la defensa porque la decisión de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones que declaró inadmisibile el recurso extraordinario “modific[ó] la motivación de la sentencia condenatoria” sin otorgar una oportunidad procesal al señor Mohamed de ser oído en cuanto a esta “nueva fuente de imputa[ci]ón”. Agregó que el señor Mohamed tampoco fue oído durante la tramitación del recurso, ni posteriormente, puesto que tanto el recurso de queja como el de revocatoria que interpuso con posterioridad, fueron rechazados *in limine* por la Corte Suprema de Justicia. La Comisión hizo referencia a jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Europea de Derechos Humanos para sostener que es necesario garantizar el derecho de defensa cuando se modifique la calificación jurídica de los hechos durante el proceso.

70. Los representantes indicaron que el “intento de corrección del ‘error material’” por parte de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones constituyó una “nueva y sorpresiva fundamentación” que, al no formar parte de la sentencia condenatoria recurrida, no pudo ser tenida en cuenta por la defensa del señor Mohamed como fundamento para su recurso y respecto de la cual no tuvo “ninguna posibilidad de refutación”, configurándose una violación al derecho a la defensa en los términos del artículo 8.2.c.

71. El Estado indicó que “no es cierto que la resolución que desestimó el recurso extraordinario interpuesto por la defensa de[l señor] Mohamed, haya modificado la fuente de imputación penal, al invocar que la pena impuesta se había basado, principalmente, en la violación al ‘deber objetivo de cuidado’ previsto en el artículo 84 del Código Penal argentino”. Señaló que mediante la sentencia de 22 de febrero de 1995, la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones condenó al señor Mohamed “por encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio culposo regulado por el artículo 84 del Código Penal”, y que en dicha decisión se había indicado expresamente que tal norma era “la fuente legal de la condena”. El Estado afirmó que en la decisión que desestimó el recurso extraordinario, referida Sala confirmó dicho análisis. Argentina consideró “claramente improcedentes” los alegatos relativos a una “supuesta imposibilidad del inculpado de preparar su defensa por falta de concesión del tiempo o de medios adecuados para ello”.

B.3) Alegada violación al deber de motivación y al derecho a ser oído (artículo 8.1 de la Convención)

72. Los representantes sostuvieron que el Estado tenía la obligación de respetar y garantizar el derecho a ser oído, pero que Argentina no valoró ni contestó el reclamo del señor Mohamed contenido en el recurso extraordinario por medio del cual impugnó la sentencia condenatoria. Los representantes indicaron que, al resolver sobre la admisibilidad del recurso extraordinario, los mismos jueces que condenaron al señor Mohamed en segunda instancia rechazaron el recurso entendiendo que el mismo no era un recurso amplio e “ignora[ndo] las cuestiones constitucionales invocadas”, así como también “afirmaron, indebidamente, que por ‘error material’ basaron su condena en un decreto de tránsito que no tenía vigencia al momento del hecho”. Los representantes manifestaron que los mencionados jueces no tenían competencia para pronunciarse sobre esas cuestiones sino únicamente “para admitir o rechazar formalmente el recurso”. Refiriéndose a la garantía de una debida fundamentación, los representantes señalaron que el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resulta contrario a la Convención Americana, ya que los términos utilizados en dicha norma conllevan un enorme margen de imprecisión y “parece asegurar [...] la más absoluta arbitrariedad del máximo tribunal

argentino para elegir las causas que pretende decidir". Los representantes consideraron que el invocar razones de intrascendencia respecto a una violación constitucional con el fin de denegar el acceso a la justicia, "adquiere una magnitud insoportable cuando por dicha transgresión se habilita el funcionamiento de la vía punitiva", y sostuvieron que el referido artículo 280 como norma del proceso civil, no debía ser utilizada respecto a recursos extraordinarios dentro de un proceso penal.

73. En respuesta a la alegada discrecionalidad de la Corte Suprema para rechazar un recurso, el Estado afirmó que "no viola ningún tipo de garantía judicial, ya que no existe el derecho a que el Supremo Tribunal de un país revise todos los casos que se le plantean, ni en el derecho local ni en el internacional". Explicó que con la ley 23774 se introdujo en el año 1990 el "*certiorari* argentino", el cual tiene "en sus distintas versiones, el *negativo* para obturar el conocimiento revisor, [y] el *positivo* para producir la apertura.

B.4) Alegada violación a la protección judicial (artículo 25.1 de la Convención)

74. La Comisión sostuvo que el señor Mohamed, además de pretender la revisión del fallo condenatorio que le fue impuesto por primera vez en segunda instancia, interpuso el recurso extraordinario federal en la intención de que se tratara "la violación del principio de irretroactividad de la ley penal, derecho consagrado por la Convención Americana", pero que el tribunal al haber proferido la resolución de inadmisibilidad del recurso, "entr[ó] a conocer *in limine* del alegato" declarando que "la incorporación del [...] reglamento de tránsito [Decreto 692/92] fue un 'error material' de la sentencia condenatoria, interpretando que la condena se basó en una violación al deber objetivo de cuidado". La Comisión sostuvo que ello implicó que "no [se] remedi[ara] la violación al principio de legalidad, al tiempo que cerró el acceso a un recurso efectivo [...], violándose el derecho a tener acceso a un recurso sencillo y rápido que lo amparara contra la violación a su derecho a la irretroactividad de la ley penal".

75. Los representantes sostuvieron que "[e]l Estado de Argentina [...] denegó al [señor] Mohamed su *derecho a un recurso sencillo y rápido*, al declarar inadmisibile el recurso extraordinario y, luego, improcedentes los recursos de queja y reposición".

76. El Estado manifestó que "[a]l señor Mohamed se le garantizó la posibilidad de cuestionar la sentencia [condenatoria,] que la Comisión Interamericana y los representantes de la víctima consideran violatoria del principio de legalidad, a través del recurso extraordinario que desestimó la Cámara Nacional de Apelaciones". Asimismo, afirmó que "la Comisión Interamericana [puede] no compartir el contenido del fallo que se cuestiona, pero no puede deducir de ello que no se garantizó al señor Mohamed el acceso a un recurso rápido y sencillo, dado que la efectividad de un recurso tiene que ver con su capacidad potencial de producir el resultado que se requiere para proteger el derecho, pero no garantiza un resultado en particular". Asimismo, el Estado precisó que "[e]l señor Mohamed tuvo a su disposición un recurso rápido y sencillo para agravarse de las cuestiones que a su criterio lo han perjudicado[, ...pero] no lo usó", puesto que siendo la violación a la garantía del doble conforme una cuestión federal, si el señor Mohamed lo hubiera alegado, el máximo tribunal nacional hubiera podido pronunciarse al respecto, lo que "demuestra que en esta situación no se puede afirmar que el recurso correspondiente no haya estado a disposición del interesado", de manera que "la presunta violación al art. 25.1 de la Convención no ha existido".

B.5) Alegada violación al derecho protegido en el artículo 8.4 de la Convención

77. Los representantes sostuvieron que se violó el derecho del señor Mohamed a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho como consecuencia de haberse revocado la sentencia absolutoria de primera instancia. Afirmaron que “la posibilidad de recurrir a otra instancia superior para revisar el criterio [...] del tribunal que juzgó el caso [...] sólo ha sido establecida como un derecho individual del imputado”. Asimismo, haciendo referencia a la posición doctrinal de Julio Maier, afirmaron que un recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria obtenida en un juicio legítimo “provoca una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, con lo cual se somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y, eventualmente, a un nuevo juicio”. Asimismo, afirmaron que determinada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶⁷ “sostuvo, en forma continua”, que el principio de *non bis in idem* “no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra” y que “la no convalidación de la sentencia absolutoria como consecuencia del recurso fiscal implicaría para el imputado un nuevo riesgo procesal que ya había superado válidamente con éxito [...]”. Los representantes manifestaron que si ello ha sido admitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación entonces “debe ser respetado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de conformidad con lo dispuesto por el art. 29)” de la Convención.

78. El Estado alegó que los representantes de la presunta víctima estaban apoyando la alegada violación del principio de *ne bis in idem*, “en casos cuya base fáctica es muy diferente a las que propone el presente caso”, donde existían vicios procesales que “nada tienen que ver con el caso de la presunta víctima”. Asimismo, Argentina sostuvo que el principio de *ne bis in idem* exige la existencia de una sentencia firme de carácter absolutorio. El Estado indicó que el señor Mohamed “ha sido juzgado en una sola oportunidad y no contó con una sentencia absolutoria firme”, por lo cual no ha existido doble juzgamiento.

C) Consideraciones generales de la Corte

79. En casos similares, el Tribunal ha establecido que el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus

⁶⁷ En su escrito de solicitudes y argumentos los representantes se refirieron específicamente a los siguientes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: 314:377; 319:43; 320:374; 321:1173, disidencia de los jueces Petracchi y Bosert; “Recurso de hecho deducido por la defensa de Yong Soo Kang en la causa Kang, Yong Soo s/ causa No. 5742” [K. 75. XLII. RECURSO DE HECHO, Kang, Yong Soo s/ causa N° 5742], fallo del 15 de mayo de 2007; Caso Polak, Federico G, decisión del 15 de octubre de 1998 (Fallos 321:2826); Caso Mattei (Fallos 272-188); causa Sandoval, resuelta el 31 de agosto de 2010 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, (“Recurso de hecho deducido por la defensa de David Andrés Sandoval en la causa Sandoval, David Andrés s/homicidio agravado por ensañamiento -3 víctimas-, Sandoval, Javier Orlando s/encubrimiento, causa No 21.923/02”); 329:1147 (considerando 17 del voto del Juez Petracchi). Al ofrecer la prueba en dicho escrito (capítulo “IX. Ofrecimiento de Prueba”), en el acápite titulado “3. Prueba documental”, los representantes no presentaron una lista de las sentencias internas que ofrecían como prueba, sino que de forma general indicaron “[s]e agrega, como prueba documental, en los Anexos 2 a 8 una enorme cantidad de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. En sus alegatos finales escritos, al presentar sus argumentos relativos al “alcance que debe acordarse a la garantía contra la doble persecución, contenida en el art[ículo] 8[.4]” afirmaron, respecto a los fallos de la Corte Suprema de la Nación, “hemos acompañado como prueba (entre los que resaltamos, por su importancia, el caso Sandoval, y por su cercanía temporal, el caso Kang [...]). Nos remitimos, aquí, a nuestro escrito de solicitudes y pruebas y al anexo correspondiente”. Sin embargo, la Corte hace notar que, de la revisión de los 2204 folios de sentencias internas aportados como Anexos 2 a 8 del escrito de solicitudes y argumentos, no se encuentra incluida ninguna de las sentencias de la Corte Suprema a que hicieron alusión los representantes al referirse al principio de *ne bis in idem*. El único fallo aportado por los representantes fue el que mencionaron en el escrito de observaciones a la excepción preliminar: “CSJN, K. 121. XLIV. Kang, Yoong Soo s/ rec. Extraordinario, autos: ‘Kang, Yoong Soo s/ rec. Extraordinario’ Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011”.

órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos⁶⁸, para establecer su compatibilidad con la Convención Americana⁶⁹.

80. Es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales protegidas en el artículo 8 de la Convención, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”⁷⁰, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”⁷¹. La referida disposición convencional contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que buscan asegurar que el inculcado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso⁷². Asimismo, esta Corte ha señalado que “toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano [...] actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete”⁷³.

81. Por otro lado, la Corte considera pertinente recordar que en casos como el presente, en el que se cuestiona lo actuado en el marco de un proceso penal y posteriores recursos judiciales, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no funcionan como una instancia de apelación o revisión de sentencias dictadas en procesos internos⁷⁴, ni actúa como un tribunal penal en el que pueda analizarse la responsabilidad penal de los individuos. Su función es determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas en dichos procesos con la Convención Americana⁷⁵ y, en particular, analizar las actuaciones y

⁶⁸ Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222, y *Caso Palma Mendoza y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 247, párr. 18.

⁶⁹ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 146, y *Caso Palma Mendoza y otros Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo*, párr. 18.

⁷⁰ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 147, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 95.

⁷¹ Cfr. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 28, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 95.

⁷² Cfr. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28, y *Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 117.

⁷³ Cfr. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 77, y *Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180, párr. 80.

⁷⁴ Cfr. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 62, y *Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 37.

⁷⁵ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de Septiembre de 1998. Serie C No. 41, párr. 83; *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 90, y *Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 37.

omisiones de los órganos judiciales internos a la luz de las garantías protegidas en el artículo 8 de ese tratado⁷⁶.

82. Bajo los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, los Estados están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de derechos humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal⁷⁷. Asimismo, la Corte recuerda que es un principio básico del derecho internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados⁷⁸. La Corte ha indicado que la garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”⁷⁹.

83. Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas⁸⁰.

84. Tomando en cuenta los hechos que la Corte ha tenido por establecidos en el presente caso, en este capítulo se pronunciará sobre las alegadas violaciones en el siguiente orden: 1) el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, y 2) el derecho protegido en el artículo 8.4 de la Convención. Asimismo, en el análisis jurídico del derecho a recurrir del fallo, la Corte se referirá a las alegadas violaciones al derecho de defensa, al derecho a ser oído, al deber de motivación y al derecho a un recurso sencillo y rápido.

85. La Corte no se pronunciará sobre las alegadas violaciones a los artículos 8.2.d, 8.2.e, 25.2.a y 25.2.b de la Convención Americana, planteadas por los representantes en el petitorio del escrito de solicitudes y argumentos, puesto que ha constatado que los representantes no presentaron argumentos de derecho sobre esas alegadas violaciones y ni siquiera refirieron sobre cuáles hechos versarían. El Tribunal tampoco se pronunciará sobre la alegada violación al derecho de defensa del señor Mohamed durante el proceso penal seguido en su contra⁸¹, la cual fue sostenida únicamente por los representantes, debido a

⁷⁶ Cfr. *Niños de la Calle* (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, párr. 220, y *Caso Herrera Ulloa* Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 144.

⁷⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez* Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91, y *Caso Masacres de Río Negro* Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C. No. 250, párr. 191.

⁷⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez* Vs. Honduras. Fondo, párr. 164, y *Caso Kawas Fernández* Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 72.

⁷⁹ Cfr. *Caso Castillo Páez* Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 82, y *Caso Reverón Trujillo* Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, párr. 59.

⁸⁰ Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle”* (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, párr. 237, y *Caso Furlan y Familiares* Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 209.

⁸¹ Según los representantes se habría producido una violación porque el señor Mohamed fue condenado en segunda instancia mediante “una sentencia [en la cual no existía] acusación fiscal [previa]”, requisito que al momento de los hechos del presente caso era necesario para que un tribunal emitiera “una sentencia de condena”. Asimismo, sostuvieron que en ese momento, en Argentina, “la querella [...] tenía un carácter meramente adhesivo

que éstos basan sus argumentos en normativa procesal penal que no fue aportada al acervo probatorio del presente caso.

D) Derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior (artículo 8.2.h de la Convención), en relación con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención)

86. La Corte determinará si al señor Mohamed le asistía el derecho de recurrir del fallo condenatorio, lo cual requiere que el Tribunal se pronuncie sobre el alcance del derecho protegido en el artículo 8.2.h de la Convención respecto de un punto específico pertinente para resolver el presente caso (*infra* acápite D.1). La Corte recuerda que la condena por el delito de homicidio culposo fue impuesta al señor Mohamed por primera vez en segunda instancia mediante sentencia de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en la cual ésta revocó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3, Secretaría N° 60 (*supra* párrs. 48 y 49).

87. Después de pronunciarse sobre el contenido del referido derecho convencional (*infra* acápite D.2), la Corte analizará si el recurso extraordinario federal y los subsiguientes recursos de queja y solicitud de revocatoria que interpuso el señor Mohamed satisficieron las exigencias convencionales (*infra* acápite D.3) y resolverá la controversia sobre si se produjo una violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno consagrado en el artículo 2 de la Convención (*infra* acápite D.4).

D.1.) Alcance del artículo 8.2.h de la Convención con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución

88. Esta Corte se ha referido en varias oportunidades a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2.h de la Convención⁸². En el presente caso Argentina no ha desconocido ni contradicho esos precedentes, pero ha alegado como punto principal que el señor Mohamed podría haber tenido acceso al referido derecho si hubiera utilizado los recursos judiciales disponibles de forma adecuada y no lo hizo⁸³.

89. Sin embargo, al mismo tiempo, Argentina expuso otro argumento relacionado con el alcance del derecho a recurrir del fallo. El Estado sostuvo que el derecho internacional comparado habilita excepciones al derecho a recurrir condenas penales, respecto de lo cual se refirió a que el inciso 2 del artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales estipula la

[a la acusación de la fiscalía]". Los representantes sostuvieron que "no había legitimidad para condenar sin acusación fiscal".

⁸² Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 161; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 157 a 168, y *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, párrs. 88 a 91.

⁸³ El Estado sostuvo que cuando el señor Mohamed interpuso el recurso extraordinario federal y el de queja no alegó la existencia de una violación al derecho a recurrir la sentencia condenatoria, por lo cual, de acuerdo al principio de subsidiariedad, la Corte no podría fallar sobre cuestiones no tratadas a nivel interno (*supra* párr. 68). La Corte hace notar que dicho alegato fue interpuesto por Argentina en el escrito de contestación dentro de sus consideraciones de fondo sobre "[l]a alegada violación al artículo 8.2.h de la Convención Americana". Debido a que el Estado no planteó ese alegato como una excepción preliminar, el Tribunal no ha analizado su planteamiento de forma previa al análisis del fondo sino que tomará en cuenta sus argumentos al pronunciarse sobre la alegada responsabilidad internacional por no garantizar el derecho protegido en el artículo 8.2.h de la Convención.

excepción respecto de quien haya sido condenado después de un recurso contra su absolución. El Estado indicó que el señor Mohamed se encontraría en ese supuesto, ya que fue condenado por primera vez en segunda instancia, “por lo que no existiría una violación al art. 8.2.h de la Convención”. Sobre este aspecto del derecho a recurrir del fallo, tanto la Comisión como los representantes (*supra* párrs. 65 y 67) entienden que es una garantía establecida a favor del acusado y que, con independencia de que la sentencia condenatoria hubiere sido impuesta en única, primera o segunda instancia, debe garantizarse el derecho de revisión de esa decisión por medio de un recurso que cumpla con los estándares desarrollados por la Corte en su jurisprudencia.

90. La Corte hace notar que este caso presenta la particularidad de que al imputado se le siguió un proceso penal de dos instancias, y fue condenado en segunda instancia por un tribunal que revocó la decisión absolutoria del juzgado de primera instancia. Para determinar si al señor Mohamed le asistía el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, corresponde determinar si la protección consagrada en el artículo 8.2.h de la Convención Americana permite una excepción, tal como alega Argentina, cuando el imputado haya sido declarado condenado por un tribunal que resuelva un recurso contra su absolución.

91. El artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de “[t]oda persona inculpada de delito”. En el último inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena.

92. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado⁸⁴. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención.

93. Para confirmar la interpretación de esta Corte de que se trata de un derecho que asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁵ que, al referirse al derecho a recurrir del fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene “[t]oda persona *declarada culpable* de un delito” (énfasis agregado). En otra oportunidad la Corte ha manifestado que dicha norma del Pacto es “muy similar” al artículo 8.2.h de la Convención Americana⁸⁶.

⁸⁴ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 107.

⁸⁵ El artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[t]oda 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”.

⁸⁶ Cfr. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 84.

94. El Estado ha sostenido que sería permitido establecer excepciones al derecho a recurrir condenas penales (*supra* párr. 68), con base en que el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales permite determinadas excepciones⁸⁷. Al respecto, la Corte no coincide con el alcance que Argentina otorga a esa norma del Sistema Europeo para interpretar la correspondiente norma de la Convención Americana, ya que precisamente esta última no previó excepciones como sí lo hizo expresamente la disposición del Sistema Europeo.

95. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que, en los términos de la protección que otorga el artículo 8.2.h de la Convención Americana, el señor Mohamed tenía derecho a recurrir del fallo proferido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones el 22 de febrero de 1995, toda vez que en éste se le condenó como autor del delito de homicidio culposo (*supra* párr. 48).

D.2) Contenido del derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria

96. La Corte se referirá al contenido de la garantía que otorga el artículo 8.2.h de la Convención, para en un siguiente acápite determinar si ese derecho de recurrir fue garantizado al señor Mohamed. Las consideraciones de la Corte en este sentido serán realizadas desde la óptica de la protección que dicha norma convencional garantiza a la persona condenada penalmente.

97. El Tribunal ha señalado que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica⁸⁸. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado⁸⁹. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida⁹⁰.

98. El derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona⁹¹.

⁸⁷ El artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece:

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley.
2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

⁸⁸ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 158.

⁸⁹ Cfr. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 89.

⁹⁰ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 165, y *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 89.

⁹¹ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 158, y *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 88.

99. La Corte ha sostenido que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz⁹². Ello supone que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiriera la calidad de cosa juzgada⁹³. La eficacia del recurso implica que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido⁹⁴. Asimismo, el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho⁹⁵. En ese sentido, la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.

100. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria.

101. Además el Tribunal considera que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.

D.3) Sobre la alegada imposibilidad de recurrir la sentencia condenatoria por parte del señor Mohamed y las vías procesales a que tuvo acceso en el marco jurídico argentino a la luz del artículo 8.2.h de la Convención

102. La Corte hace notar que no es un hecho controvertido que el ordenamiento jurídico aplicado al señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para que aquel pudiera recurrir la sentencia condenatoria que le fue impuesta (*supra* párr. 50). Al respecto, el Tribunal ha tenido por probado que la referida decisión condenatoria de segunda instancia era una sentencia definitiva recurrible solamente a través de un recurso extraordinario federal y un posterior recurso de queja (*supra* párrs. 51 y 56).

103. En cuanto al recurso extraordinario bajo análisis en el presente caso, su admisibilidad es decidida por el mismo tribunal que dicta la sentencia que se impugna y, de ser admitido, es decidido en el fondo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*supra*

⁹² Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 161, 164, 165 y 167, y *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, párrs. 88, 89 y 90.

⁹³ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 158, y *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 88.

⁹⁴ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 161, y *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 90.

⁹⁵ Cfr. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 164, y *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 90.

párr. 51). El recurso está regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, a su vez, remite a la Ley 48 de 1863, la cual establece las siguientes causales de procedencia:

1) cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez; 2) cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia; 3) cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio⁹⁶.

104. A partir de dicha normativa y de los peritajes recibidos ante esta Corte, es posible constatar que el referido recurso extraordinario federal no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino. Asimismo, las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional.

105. No obstante lo anterior y tomando en cuenta que el Estado sostuvo que el recurso extraordinario federal podría haber garantizado el derecho a recurrir del fallo condenatorio, la Corte efectuará algunas consideraciones adicionales relativas a examinar el tratamiento que en el caso concreto dieron los órganos judiciales a los recursos interpuestos por el señor Mohamed. Debido a que el señor Mohamed no contaba normativamente con un recurso que protegiera su derecho a recurrir del fallo condenatorio, hizo uso del recurso extraordinario federal porque era el que tenía disponible para intentar impugnar su condena. Igualmente es pertinente referirse al recurso de queja, toda vez que se trata de la vía procesal para impugnar la denegación del recurso extraordinario federal y, por lo tanto, comprometía también la posibilidad del señor Mohamed de que su derecho de recurrir del fallo hubiere podido ser materialmente realizado. En cuanto a la revocatoria solicitada por el defensor del señor Mohamed ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*supra* párrs. 59 y 60), el Tribunal considera que no corresponde pronunciarse al respecto, toda vez que no era una vía procesal que tuviera disponible puesto que, según resolvió la Corte Suprema de Justicia, “[sus] sentencias [...] no son susceptibles de reposición o revocatoria” (*supra* párr. 60).

106. La Corte estima necesario resaltar que, aún cuando se analice si materialmente dichos recursos habrían protegido el derecho a recurrir la sentencia condenatoria del señor Mohamed, debido a la regulación del recurso extraordinario federal (*supra* párrs. 51 y 103), la naturaleza y alcance de los agravios presentados por la defensa del señor Mohamed estaban condicionados *a priori* por las causales de procedencia de ese recurso. Esas causales limitaban *per se* la posibilidad del señor Mohamed de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio. Por consiguiente, se debe tomar en cuenta que tal limitación incide negativamente en la efectividad que en la práctica podría tener dicho recurso para impugnar la sentencia condenatoria.

⁹⁶

Supra nota 47.

107. En ese mismo sentido, el Tribunal nota que la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que desestimó la queja lo hizo indicando únicamente que “el recurso extraordinario, cuya denegación motiva[ba] la [...] queja, [era] inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (*supra* párr. 58). La Corte considera que el hecho de que el recurso haya sido rechazado con base en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación torna en incierta la accesibilidad al mismo puesto que esa disposición habilita la denegatoria no motivada del recurso, de manera que los usuarios de la administración de justicia y, en este caso el señor Mohamed, no pueden conocer las razones por las que no pudieron acceder a esa instancia recursiva. Esto fue claramente expresado por la defensa del señor Mohamed en la sustentación de la solicitud de revocatoria que presentó posteriormente al rechazo del recurso de queja (*supra* párr. 59), en la que manifestó que “[n]o existe parámetro o elemento normativo alguno que pueda orientar a los recurrentes sobre las cuestiones que pueden ser sustanciales o trascendentes para [la Corte Suprema]. Por lo tanto, es una situación que resulta imposible estimarla a priori”.

108. En cuanto al alegato expuesto por Argentina referido a que en el caso *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, la Corte habría decidido no conocer el fondo de determinada alegación aun cuando el Estado no interpuso una excepción a la regla de falta de agotamiento de recursos internos, el Tribunal aclara que en ese caso decidió no pronunciarse sobre el fondo del argumento de la supuesta carencia de independencia e imparcialidad de los jueces del fuero ordinario, porque el recurso de recusación a que se tenía acceso no fue interpuesto oportunamente por la defensa de la presunta víctima⁹⁷. Tal supuesto no se presenta en este caso, ya que la Corte ha tenido por demostrado que el señor Mohamed interpuso el recurso extraordinario federal y el recurso de queja, previstos en el ordenamiento jurídico contra la sentencia definitiva, precisamente para intentar obtener por esas vías que se le garantizara su derecho a recurrir del fallo (*supra* párrs. 52 a 58), situación a la que se vio obligado porque el ordenamiento no preveía un recurso penal ordinario para recurrir ese fallo condenatorio. A través de la interposición de esos recursos, el señor Mohamed solicitó que un tribunal superior examinara sus reclamos contra determinados aspectos de hecho y derecho de la sentencia condenatoria impugnada, entre ellos el relativo al principio de irretroactividad. También dejó claro en esos recursos que la condena había sido emitida por primera vez en segunda instancia, al revocarse la sentencia absolutoria emitida en primera instancia.

109. En cuanto al argumento del Estado relativo a una decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde se consideró “formalmente procedente” un recurso de inconstitucionalidad y se habría protegido “la garantía de defensa en juicio y al principio del doble conforme” (*supra* párr. 68), para la Corte esto, por sí sólo, no es suficiente para que Argentina cumpla con la carga de demostración de la efectividad del recurso extraordinario federal⁹⁸. Como se evidencia, no se trata de un argumento concretamente referido a este último recurso ni otorga la mínima seguridad jurídica de que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación permitan atender impugnaciones contra sentencias condenatorias y asegurar materialmente el referido derecho a recurrir del fallo.

110. La Corte ha constatado que en el presente caso el alcance limitado del recurso extraordinario federal quedó manifiesto en la decisión proferida por la Sala Primera de la

⁹⁷ Cfr. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párrs. 151 a 156.

⁹⁸ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, párr. 88, y *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 25.

Cámara Nacional de Apelaciones, la cual rechazó *in limine* el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed con base en que los argumentos presentados se referían “a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que ha[bían] sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado” (*supra* párr. 54).

111. Adicionalmente, la Corte resalta la gravedad de que en el presente caso no se garantizara al señor Mohamed el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, tomando en cuenta que parecieran haberse configurado deficiencias en la garantía del derecho de defensa durante la segunda instancia del proceso penal frente a la apelación planteada contra la sentencia absolutoria. La Corte observa que en dicho proceso penal el Ministerio Público acusó calificando los hechos de homicidio culposo, posteriormente solicitó el sobreseimiento y después de la sentencia absolutoria en primera instancia apeló sin fundamentar la apelación (sin expresar agravios). La querella también apeló y presentó agravios o fundamentos de la apelación, pero no consta que en el proceso penal se hubiere dado traslado del escrito al defensor del señor Mohamed para que pudiera pronunciarse sobre esos agravios con anterioridad a la emisión de la sentencia de segunda instancia que revocó la absolución y condenó penalmente al señor Mohamed.

112. Por las razones expuestas, la Corte concluye que el sistema procesal penal argentino que fue aplicado al señor Mohamed no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria contra el señor Mohamed, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana, y también ha constatado que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja, en tanto salvaguarda de acceso al primero, no constituyeron en el caso concreto recursos eficaces para garantizar dicho derecho.

D.4) Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno (artículo 2 de la Convención Americana) en relación con el derecho a recurrir del fallo

113. El artículo 2 de la Convención Americana contempla el deber general de los Estados Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. La Corte ha establecido que dicho deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁹⁹.

114. La Corte hace notar que los hechos de este caso implican una relación necesaria entre el derecho de recurrir del fallo condenatorio que asistía al señor Mohamed y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar tal derecho. El Tribunal ha establecido que Argentina tenía el deber de procurar que el señor Mohamed tuviera acceso a un recurso eficaz, oportuno y accesible que le garantizara una revisión integral y amplia (*supra* párrs. 90 a 101) de la sentencia condenatoria que le fue impuesta por primera vez en segunda instancia. Al respecto, el Tribunal determinó que los recursos a que tuvo acceso el señor Mohamed según la normativa vigente en aquel momento en Argentina, esto es el recurso extraordinario federal y el de queja, no garantizaron ese derecho (*supra* párrs. 102 a 112).

⁹⁹ Cfr. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 207, y *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C No. 240, párr. 243.

115. En cuanto a los argumentos de Argentina sobre la evolución jurisprudencial y legal en materia de garantizar el derecho a recurrir del fallo, la Corte no se pronunciará al respecto en esta Sentencia puesto que se trata de medidas supuestamente adoptadas con posterioridad a los hechos del presente caso y se refieren a normas jurídicas que regulan el recurso de casación que no fueron aplicadas en el proceso penal contra el señor Mohamed.

116. Por consiguiente, la Corte concluye que la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena del señor Mohamed y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el artículo 8.2.h de la Convención.

117. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que Argentina violó el derecho a recurrir del fallo protegido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.

118. En cuanto a las alegadas violaciones al derecho de defensa, al derecho a ser oído, al deber de motivar y al derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo supuestamente derivadas de las decisiones judiciales emitidas por la Sala Primera de la Cámara y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver sobre la inadmisibilidad del recurso extraordinario federal y del recurso de queja (*supra* párrs. 69, 70, 72, 74 y 75), la Corte considera que las alegadas afectaciones que hubiere sufrido el señor Mohamed debido a esas decisiones judiciales quedan comprendidas dentro de la referida violación al derecho a recurrir del fallo. Fue precisamente la falta de un recurso amplio e integral en los términos del artículo 8.2.h de la Convención que garantizara la posibilidad de impugnar la sentencia condenatoria de segunda instancia, lo que propició y posibilitó las situaciones a que la Comisión y los representantes hacen alusión.

119. Asimismo, la Corte destaca que, sin perjuicio de que cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios¹⁰⁰, la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados. Con base en las razones expuestas, la Corte no estima necesario realizar un pronunciamiento adicional sobre las alegadas violaciones a los derechos de defensa, derecho a ser oído, deber de motivar y al derecho a un recurso sencillo y rápido.

E) Alegada violación al derecho protegido en el artículo 8.4 de la Convención Americana

120. El principio de *ne bis in idem* está contemplado en el artículo 8.4 de la Convención Americana en los siguientes términos:

¹⁰⁰ Cfr. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 171.

El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

121. Dicho principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio del inculpado o procesado¹⁰¹.

122. La Corte ha sostenido de manera reiterada que entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio¹⁰². El Tribunal también ha señalado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas¹⁰³, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia.

123. En el presente caso, la sentencia que condena al señor Mohamed por el delito de homicidio culposo fue emitida en la segunda instancia del proceso penal. Esa sentencia condenatoria revocó la sentencia absolutoria que había sido emitida en la primera instancia en ese mismo proceso penal. La sentencia condenatoria no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal iniciado contra el señor Mohamed por los hechos ocurridos el 16 de marzo de 1992 (*supra* párr. 38).

124. En cuanto a los alegatos de los representantes de que en Argentina se ha desarrollado un “estándar [...] más protector de derechos que el que surgiría de una interpretación literal del texto del artículo 8.4 de la Convención” sobre el *non bis in idem*, y que ello debe ser tomado en cuenta por esta Corte al interpretar la protección que otorga dicha norma convencional, este Tribunal hace notar que los representantes no aportaron al acervo probatorio de este caso las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a las que se refirieron en su escrito de solicitudes y argumentos (*supra* párr. 77 y nota al pie 67). Aún cuando los expertos Maier y Binder abordaron este tema en sus peritajes, desde una postura doctrinal o haciendo referencia a decisiones de la referida Corte Suprema, no ha sido probado ante este Tribunal con la seguridad que se requiere, que en Argentina el principio de *ne bis in idem* está jurídicamente protegido y debe ser garantizado de forma más amplia que en los términos indicados en la Convención. Por lo tanto, la Corte no encuentra fundamento para entrar a analizar lo solicitado por los representantes en cuanto al criterio de interpretación del artículo 29.b) de la Convención.

125. La Corte reitera que el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada. La Corte considera que el señor Mohamed no fue sometido a dos juicios o procesos judiciales distintos sustentados en los mismos hechos.

¹⁰¹ Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*, párr. 66.

¹⁰² Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 137, y *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 202.

¹⁰³ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 161, y *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 159.

126. Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado no violó el artículo 8.4 de la Convención en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.

VIII

ALEGADA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ARTÍCULO 9), EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR Y GARANTIZAR LOS DERECHOS

A) Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

127. La Comisión indicó que en el presente caso la sentencia de la Cámara de Apelaciones que condenó al señor Mohamed, “integró el tipo penal de delito de homicidio culposo establecido en el artículo 84 del Código Penal [argentino], con las normas del Decreto No 692/92”. La Comisión sostuvo que dicho reglamento entró en vigencia el 27 de abril de 1992, mientras que los hechos del caso ocurrieron el 16 de marzo del mismo año, violandose así el principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana. Adicionalmente, señaló que dicha violación “no fue subsanad[a] por la sentencia de la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones que declaró inadmisibile el recurso extraordinario”, debido a que la nueva motivación de la Cámara “eliminó el [r]eglamento no vigente y determinó que, en todo caso el señor Mohamed violó el deber objetivo de cuidado”. Para la Comisión dicho actuar de la Sala de la Cámara generó una nueva violación al principio de legalidad en cuanto a la delimitación precisa de los tipos penales.

128. Los representantes señalaron que en el presente caso se violó el principio de legalidad porque la sentencia condenatoria se fundamentó en un reglamento que no estaba vigente, pues a la fecha de los hechos se encontraba vigente el reglamento No 12.689 del año 1945. Manifestaron que, con la sola fundamentación del artículo 84 del Código Penal argentino, nadie podría conocer las conductas que se encuentran prohibidas, pues “[s]ólo conociendo y comprendiendo la prohibición o el mandato (para lo cual esas normas deben ser *anteriores* al hecho que se juzga) podrá luego exigírsele, penalmente, que no haya actuado violando un deber de cuidado”. Adicionalmente, señalaron que el hecho atribuido al señor Mohamed “estaba (y está) reprimido, además de pena carcelaria, con inhabilitación obligatoria”, lo cual “sólo se aplica a conductas reglamentadas”. Sostuvieron que, por ello, la aplicación de la inhabilitación “debe apoyarse necesariamente en la violación a un reglamento o ley que regule la actividad en cuyo contexto se lleva a cabo”. Por otra parte, se refirieron al peligro de afectación del principio de legalidad penal que conllevan los tipos penales culposos y sostuvieron que, en estos casos, es necesario extremar los recaudos para no violentar el ya puesto en riesgo principio de legalidad penal. Además indicaron que “el texto del Decreto N° 12689/45 es notoriamente diferente al Decreto 692/92” e inclusive el referido decreto de 1945 “impedía toda posible condena penal contra el señor Mohamed”. En cuanto a la retroactividad de la pena más benigna, señalaron que es intrascendente que la Convención Americana haga referencia únicamente a la irretroactividad de pena y no de delito pues no hay pena sin delito.

129. El Estado indicó que tratándose de tipos penales culposos no es posible individualizar la conducta prohibida si no se acude a otra disposición o norma que indique cuál es el cuidado a su cargo, y que, aún cuando “[f]recuentemente, el deber objetivo de cuidado se halla establecido en la ley, [...] ninguna reglamentación agota todas las posibles formas de violación del deber de cuidado que pueden darse” y, por esta razón, “siempre se acude a una fórmula general” que remite a “pautas sociales de cuidado”. Respecto a la alegada aplicación en el caso del señor Mohamed de un reglamento que no se encontraba vigente, Argentina señaló que “en la medida en que la sentencia describa la conducta negligente o imprudente a la que recurre para cerrar el tipo penal, la mera mención a un reglamento no

vigente al momento de los hechos, no constituye una violación al principio de legalidad, siempre y cuando dichos principios estuvieran contemplados en un reglamento que sí se encontraba vigente”. Adicionalmente, Argentina resaltó que la parte dispositiva del fallo condenatorio de la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones de 22 de febrero de 1995 “dispone como norma penal trasgredida, fuente legal de la condena, sólo al art[ículo] 84 del Código Penal argentino, el cual se encontraba plenamente vigente al momento [de los hechos]”. Según el Estado, la mención de las normas contenidas en el Decreto N° 692/92 “es absolutamente incidental y prescindible en el desarrollo de la argumentación jurídica expuesta”, pues “no integran el dispositivo del fallo”. Sostuvo que el tribunal que condenó al señor Mohamed lo encontró penalmente responsable del delito de homicidio culposo, “indicando de manera expresa [al artículo 84] del Código Penal [argentino] como la fuente legal de la condena” así como refiriéndose a lo dispuesto en la práctica internacional en la materia.

B) Consideraciones de la Corte

130. El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática al establecer que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”. Dicho principio preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo¹⁰⁴. En un Estado democrático y de derecho es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita¹⁰⁵.

131. Asimismo, la Corte ha sostenido que la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este¹⁰⁶. El Tribunal también ha indicado que el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible¹⁰⁷.

132. La Corte ha enfatizado que corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico¹⁰⁸. El Tribunal considera preciso agregar que, tratándose de delitos culposos, cuya ilicitud es menor comparada a la de los delitos dolosos y cuyos sus elementos típicos están definidos de forma genérica, se requiere que el juez o tribunal observe el principio de

¹⁰⁴ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 107, y *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 90.

¹⁰⁵ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 106, y *Caso De La Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115, párr. 81.

¹⁰⁶ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 106, y *Caso De La Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 104.

¹⁰⁷ Cfr. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 175, y *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 191.

¹⁰⁸ Cfr. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 82, y *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 90.

legalidad de forma rigurosa al verificar la efectiva existencia de la conducta típica y determinar la responsabilidad penal.

133. El Tribunal no comparte la apreciación de la Comisión y los representantes en el sentido de que la decisión de inadmisibilidad del recurso extraordinario federal proferida por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones el 4 de julio de 1995 (*supra* párr. 54) modificó la motivación de la sentencia condenatoria lo cual constituyó una “nueva fuente de imputación”. La Corte considera que la sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones es la decisión judicial que estableció la responsabilidad penal del imputado y no la referida decisión de inadmisibilidad del recurso extraordinario. La Corte tampoco considera correcto el argumento del Estado según el cual en esa oportunidad la Sala no se extralimitó al expedirse sobre lo que calificó como un “error material”. Ello no constituyó la rectificación de un error material, puesto que ese tribunal efectuó una valoración jurídica sobre el fondo del agravio relativo a la aplicación retroactiva del Decreto No. 692 de 1992.

134. El Tribunal resalta que, al interponer el recurso extraordinario federal y el recurso de queja, el defensor del señor Mohamed enfatizó que una de las cuestiones de la sentencia condenatoria que requerían ser revisadas era su fundamentación normativa y, al respecto, sostuvo que “el sentido esencial del agravio” consistía en que la referida Sala había “busca[do] sustento en una normativa inaplicable al caso” debido a que el decreto citado en el fallo no se encontraba vigente a la fecha del accidente de tránsito (*supra* párrs. 52 y 57). En el recurso de queja señaló, además, que se había producido una violación al artículo 9 de la Convención Americana (*supra* párr. 57).

135. En el presente caso el señor Mohamed fue condenado como autor del delito de homicidio culposo tipificado en el artículo 84 del Código Penal vigente al momento del hecho (accidente de tránsito). Sin embargo, la Comisión y los representantes alegan que lo que constituyó una violación al principio de irretroactividad fue que el tribunal integró el referido tipo penal con las normas del Decreto No. 692/92 reglamentario del tránsito automotor que entró en vigencia con posteridad al hecho. No está controvertido que el referido reglamento de tránsito¹⁰⁹ no se encontraba vigente al momento del hecho que propició el proceso penal que se siguió contra el señor Mohamed.

136. La Corte hace notar que tratándose de un delito culposo, cuyo tipo penal es abierto y requiere ser completado por el juzgador al realizar el análisis de la tipicidad, lo relevante es que en la sentencia se individualice el correspondiente deber de cuidado infringido con la conducta activa (imprudencia) u omisiva (negligencia) del imputado y que ello fuera determinante para que se produjera el resultado lesivo del bien jurídico tutelado. El artículo 84 del Código Penal argentino, además de referirse a la imprudencia y negligencia, agrega que podría tratarse de impericia o de la inobservancia de reglamentos o deberes a cargo, conductas que esta Corte entiende están comprendidas también en los conceptos generales de imprudencia y negligencia. El Tribunal considera que, al contrario de lo sostenido por los representantes (*supra* párr. 128), para determinar en cada caso cuál fue el deber objetivo de cuidado que se infringió, tratándose de un hecho ocurrido en un accidente de tránsito el juzgador no está limitado a recurrir únicamente a una norma formal como lo sería el reglamento de tránsito automotor. Cabe destacar que el perito Julio B. J. Maier manifestó en la audiencia pública que aún tratándose de actividades regladas es posible definir la imprudencia o negligencia utilizando fuentes distintas de los reglamentos, pero el fallo debe exponer claramente en qué funda la imprudencia o negligencia y cuál es el hecho del cual surge esa imprudencia o negligencia.

¹⁰⁹

Supra nota 54.

137. Entre los fundamentos de la sentencia condenatoria, la Sala indicó que no se limitaba a analizar si el semáforo habilitaba el paso al imputado sino que correspondía examinar si había incurrido en “alguna acción imprudente” o conducta que contrariara “el deber de cuidado objetivo” (*supra* párr. 49). Al respecto, la Sala sostuvo que el señor Mohamed “incumplió la norma que prohíbe sobrepasar a otro en los cruces de calle, precisamente para preservar a los conductores la necesaria visibilidad en todo momento y el consiguiente dominio de la acción”. Asimismo, la Sala se refirió a “[l]as normas de cuidado” y cuando citó el referido reglamento de tránsito lo hizo en los siguientes términos:

Entre tales normas aplicables al caso, que, por lo dicho, son normas de práctica internacional, una establece el deber para quien crea un riesgo a terceros, de conducirse de modo de tener en todo momento el debido control de ese riesgo, para poder impedir cualquier daño a terceros, que pudiera provenir de circunstancias posibles y previsibles; otra, ligada con aquélla, impone a quien procure adelantarse a otro vehículo la obligación de preservar la necesaria visibilidad, no debiendo, por tanto, iniciar esa maniobra ante una encrucijada, curva, puente u otro lugar peligroso, y una tercera otorga prioridad de paso al peatón cuando éste cruza sobre la senda peatonal, de un modo absoluto en los lugares donde no hay indicadores mecánicos, y de un modo relativo, donde hay señales fijas, pues debe hacerlo con arreglo a las indicaciones de las mencionadas señales. En nuestra legislación, tales principios están contenidos en los arts 37, 39 y 40 del Decreto Ley N°, 692/92, reglamentario del tránsito automotor.

138. La Corte constata que entre los fundamentos de la sentencia condenatoria para individualizar el “deber de cuidado” exigible al imputado, se hace referencia, por una parte, a las “[l]as normas de cuidado” aplicables al caso como “normas de práctica internacional” y, por la otra, a “principios” de tales prácticas contenidos en un reglamento de tránsito (Decreto Ley N° 692/92) que aún no había entrado en vigencia al momento del hecho.

139. La Corte, considerando que las cuestiones precedentes tratan, sin embargo, asuntos penales que corresponde sean examinados por el tribunal superior que debe conocer del recurso contra el fallo condenatorio, tal como lo ordena como consecuencia de haber declarado que se violó el artículo 8.2.h de la Convención Americana en perjuicio del señor Mohamed (*supra* párr. 117 e *infra* párr. 152), no estima pertinente determinar si las consideraciones de los párrafos anteriores implican o no una vulneración del artículo 9 de la Convención.

IX

REPARACIONES

(Aplicación del artículo 63.1 de la Convención Americana)

140. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana¹¹⁰, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente¹¹¹ y que esa disposición recoge una

¹¹⁰ El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

¹¹¹ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 239.

norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado¹¹².

141. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará otras medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron¹¹³. Por tanto, en el presente caso la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de garantizar el derecho conculcado y resarcir los daños de manera integral¹¹⁴.

142. Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho¹¹⁵.

143. De acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y la violación a la Convención Americana declarada en el capítulo VII.D, el Tribunal procederá a analizar las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, así como los argumentos del Estado, a la luz de los criterios fijados en su jurisprudencia en relación con la naturaleza y alcance de la obligación de reparar, con el objeto de disponer las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados a la víctima¹¹⁶.

A) Parte Lesionada

144. El Tribunal reitera que se considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma. Por lo tanto, esta Corte considera como “parte lesionada” a Oscar Alberto Mohamed, quien en su carácter de víctima de la violación declarada en el capítulo VII.D de la presente Sentencia, será considerado beneficiario de las reparaciones que ordene el Tribunal.

145. En el acápite del escrito de solicitudes y argumentos correspondiente a las reparaciones, los representantes solicitaron que se incluyan como beneficiarios de las mismas a determinados familiares del señor Mohamed¹¹⁷, quienes no fueron incluidos por la

¹¹² Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 40, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 239.

¹¹³ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párr. 26; *Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C No. 78, párr. 33, y *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 248.

¹¹⁴ Cfr. *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 243.

¹¹⁵ Cfr. *Caso Ticona Estrada y otros Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 241.

¹¹⁶ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, párrs. 25 a 26, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 240.

¹¹⁷ Alegaron que deben ser considerados como parte lesionada la señora Julia Potenza, cónyuge del señor Mohamed, y sus hijos, Javier Oscar, Ariel Alberto, Damián Darío y Daniel Alexis, todos de apellido Mohamed, ya

Comisión Interamericana en el Informe de Fondo como presuntas víctimas. Los representantes manifestaron que dichas personas “han sido debidamente identificadas por la Comisión [y que,] si bien no fueron señalad[a]s como presuntas víctimas, fueron mencionadas como esposa e hijos menores del [señor] Mohamed, los que, a consecuencia de los fallos emitidos por la Justicia Argentina, sufrieron directamente violaciones a sus derechos fundamentales”.

146. El Estado alegó que “la Comisión Interamericana recomendó reparar únicamente al señor [...] Mohamed sin hacer referencia [...] a su grupo familiar”. Afirmó que la única circunstancia que la Corte debería tener en cuenta “al evaluar la posibilidad de conceder una indemnización pecuniaria” es el hecho de que solo al señor Mohamed fue a quien “supuestamente se le impidió acceder a una revisión de su sentencia”. Por consiguiente, “en caso de concederse una indemnización podrá ser únicamente [el señor] Mohamed el beneficiario”.

147. La Corte resalta que, de conformidad con el artículo 35.1 de su Reglamento, el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención debe contener “todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas”. En este sentido, corresponde a la Comisión y no a este Tribunal, identificar con precisión y en la debida oportunidad procesal a las presuntas víctimas en un caso ante la Corte¹¹⁸. En consecuencia, el Tribunal no considerará como parte lesionada en el presente caso a Julia Potenza y a Javier Oscar, Ariel Alberto, Damián Darío y Daniel Alexis Mohamed Potenza, familiares del señor Mohamed indicados por los representantes como beneficiarios de reparaciones, debido a que no fueron considerados como presuntas víctimas en el Informe de Fondo al que se refiere el artículo 50 de la Convención Americana y, por consiguiente, no son admisibles los alegatos relativos a supuestas violaciones¹¹⁹ en su contra ni a reparaciones solicitadas a su favor.

B) Garantizar al señor Mohamed el goce del derecho protegido en el artículo 8.2.h de la Convención

148. La Comisión solicitó que se ordene al Estado “[d]isponer las medidas necesarias para que Oscar Alberto Mohamed pueda interponer, a la brevedad, un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la sentencia condenatoria en cumplimiento del artículo 8.2.h de la Convención Americana”.

149. En el escrito de solicitudes y argumentos los representantes de la víctima solicitaron que se declare la “nulidad o invalidez” de la sentencia de condena de segunda instancia que revocó la sentencia absolutoria dictada en un proceso penal regular, llevado a cabo de conformidad con la legislación procesal argentina, y afirmaron que “de no declarar la ‘nulidad o invalidez’ de las resoluciones judiciales que rechazaron los recursos extraordinario, de queja y de reposición [sic], la condena impuesta al [señor] Mohamed

que según los representantes habrían sufrido violaciones “al derecho a la protección de la familia de la víctima (artículos 17 y 32.1 de la Convención Americana); a los derechos del niño (artículo 19 [...]); al derecho a la propiedad privada (artículo 21.1 y 21.2 [...]), y [...] al derecho a ser indemnizado en caso de error judicial (artículo 10 [...])”.

¹¹⁸ Cfr. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 112, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr.29.

¹¹⁹ En el capítulo sobre Reparaciones de su escrito de solicitudes y argumentos, los representantes afirmaron que fueron violados los artículos 10, 17, 19, 21.1, 21.2 y 32.1 de la Convención Americana, pero no presentaron alegatos de derecho al respecto.

seguirá existiendo en los registros de antecedentes [...] sin brindársele chance alguna de lograr un doble conforme por parte de un tribunal superior”. También indicaron que debe otorgarse al señor Mohamed la oportunidad de interponer nuevamente los recursos que le fueron rechazados, con el fin de que se revise su condena y “lograr [así] que el Estado argentino se pronuncie sobre la legalidad y convencionalidad de la condena”.

150. El Estado solicitó a la Corte que, al considerar las “eventuales reparaciones”, limitara su pronunciamiento a los “daños y perjuicios que pueda haber padecido el [señor Mohamed] por su imposibilidad de acceder a una instancia revisora de su condena”. Asimismo sostuvo que si el caso “no [era] desestimado”, “se fij[ara] [de manera subsidiaria] la indemnización sobre la base del principio de equidad”.

Consideraciones de la Corte

151. El Tribunal reitera su jurisprudencia en cuanto a que no actúa como una instancia penal que decida sobre la culpabilidad o inocencia del señor Mohamed¹²⁰, sino que se ha limitado a determinar la compatibilidad del proceso penal y los recursos judiciales a que este fue sometido con la Convención Americana¹²¹.

152. La Corte determinó que el señor Mohamed no tuvo a su disposición un recurso que, de acuerdo a los estándares del artículo 8.2.h de la Convención Americana, permitiera la revisión de la sentencia que lo declaró culpable y condenó por primera vez en la segunda instancia del proceso penal que se le siguió por el delito de homicidio culposo (*supra* párrs. 90 a 117). En consecuencia, de acuerdo al artículo 63.1 de la Convención, que estipula que “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en [la] Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”, el Tribunal ordena al Estado que:

- a) adopte las medidas necesarias para garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho de recurrir del fallo condenatorio emitido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 22 de febrero de 1995, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8.2.h de la Convención Americana (*supra* párrs. 90 a 117). Esta medida debe cumplirse en el plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, y
- b) adopte las medidas necesarias para que los efectos jurídicos de la referida sentencia condenatoria, y en especial su registro de antecedentes, queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo una vez garantizado el derecho a recurrir según lo indicado en el inciso anterior.

C) Medida de satisfacción: publicación y difusión de la Sentencia

153. Los representantes solicitaron a la Corte que ordene al Estado publicar la sentencia “en, por lo menos, dos diarios de mayor circulación [del Estado]”.

¹²⁰ Cfr. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 90, y *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, párr. 55.

¹²¹ Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 120, y *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 62.

154. El Estado no se refirió a esta medida de reparación.

155. La jurisprudencia internacional, y en particular de la Corte, ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación¹²². No obstante, considerando las circunstancias del caso *sub judice*, en atención a las afectaciones al señor Oscar Alberto Mohamed, así como las consecuencias de orden inmaterial derivadas de la violación a la Convención declarada en su perjuicio, la Corte estima pertinente disponer, como lo ha hecho en otros casos¹²³, que el Estado publique, en un plazo de seis meses, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia: a) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez en el diario oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible por un período de un año, en un sitio *web* oficial.

D) Otras medidas solicitadas

156. Por otra parte, tanto la Comisión como los representantes realizaron solicitudes en relación con la adopción de medidas normativas o de otro carácter.

157. Al respecto, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara a Argentina “disponer las medidas legislativas y de otra índole para asegurar el cumplimiento efectivo del derecho consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de conformidad con los estándares descritos en el informe de fondo”. En sus observaciones finales orales y escritas, la Comisión agregó que en la actualidad en Argentina, un condenado en segunda instancia por primera vez “en el denominado sistema nacional y en gran parte de los sistemas provinciales” únicamente tendría a su alcance “el recurso extraordinario federal, recurso incapaz de satisfacer las exigencias de la Convención Americana”. Por lo que solicitó que, “además de las medidas de reparación a favor del señor Mohamed[,] la [...] Corte ordene medidas de no repetición dirigidas a que el Estado [...] adecue su legislación interna que siga impidiendo que las personas condenadas por primera vez en segunda instancia cuenten con el derecho a una revisión integral que le otorga la Convención Americana”. Asimismo, en sus observaciones finales la Comisión afirmó que “los precedentes judiciales citados por el Estado en el escrito de contestación no resultan relevantes, pues se refieren a la amplitud del recurso de casación, y no al recurso extraordinario federal, que sigue siendo el único medio de impugnación frente a condenas emitidas por primera vez en segunda instancia”.

158. Los representantes requirieron como medida de no repetición relacionada con el derecho a recurrir del fallo, que la Corte ordene al Estado realizar “una modificación legal que asegure un recurso oportuno, eficaz y accesible contra la sentencia condenatoria dictada en cualquier instancia procesal” y sostuvieron que “esta sola medida no sería [...] suficiente para el [señor Mohamed], el que no vería los frutos de la medida sino reflejados en otros casos futuros”. Por otra parte, los representantes también solicitaron que, con el “fin de evitar la múltiple persecución penal, que lleva al sometimiento de una persona al riesgo de ser juzgado y condenado más de una vez por el mismo hecho”, se ordenara una “modificación legal que impida el recurso de las partes acusadoras contra una sentencia

¹²² Cfr. *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 56, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 254.

¹²³ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 79, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 254.

absolutoria pronunciada en un proceso regular”. Asimismo, requirieron la “modificación legal del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina [...] de tal modo que impida el rechazo sin fundamento de recursos extraordinarios en los que se ventilen cuestiones constitucionales o que pongan en juego cláusulas de Declaraciones o Convenciones de Derechos Humanos”.

159. El Estado manifestó que respecto a la pretensión de “adecuación normativa del derecho interno, corresponde hacer una [...] descripción del desarrollo que se ha dado en la Argentina en materia procesal penal en los catorce años de trámite que llevó el caso en la Comisión Interamericana”. Argentina se refirió a decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tales como: caso “Girolidi” (1995), en el cual se habría reconocido que la garantía a la “doble instancia” es un principio constitucional; el caso “Jáuregui”, en el cual la Corte Suprema habría “aludi[do] expresamente a la posibilidad de aplicar la Convención Americana [...] al derecho interno y en consecuencia la garantía a la doble instancia”; y el caso “Casal” (2005), en el marco del cual el Procurador General de la Nación habría rendido dictamen manifestando que “[l]a Corte Interamericana [...] en el fallo Herrera Ulloa estableció la obligatoriedad de la doble instancia para asegurar una revisión integral de las sentencias”, y en cuyo fallo la Corte Suprema habría determinado que era necesario “abrir paso a la interpretación que exige la Constitución en materia de doble instancia”. Asimismo, el Estado sostuvo que el fallo “Casal” hace referencia no sólo a la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos sino que también alude a decisiones de organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos y a la sentencia del caso Herrera Ulloa de la Corte Interamericana, y que “en dicho pronunciamiento el máximo tribunal del país ha dicho que el art. 456 [del Código Procesal Penal de la Nación] debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular”. Según Argentina, esas decisiones de la Corte Suprema habrían dado lugar a la consagración de la “doctrina del derecho a la revisión integral”, como contenida en [la] garantía del derecho al doble conforme que comprende tanto la posibilidad de impugnar el derecho como [...] en relación con la prueba”. El Estado afirmó que “ningún cambio legislativo es necesario para asegurar en el fuero local el cumplimiento del art. 8.2.h de la Convención ya que el propio art. 456 [del Código Procesal Penal de la Nación] en la interpretación que le da la Corte Suprema de Justicia en el caso Casal es suficiente para asegurar dicha garantía”. Según el Estado, “la ley local y su interpretación jurisprudencial son más que suficientes para garantizar el cumplimiento en sede local de la garantía del [artículo] 8.2.h, y por ende el artículo 2 de la Convención”.

160. La Corte nota que los representantes, en su escrito de alegatos finales, hicieron alusión a medidas de reparación que no habían sido solicitadas en su escrito de solicitudes y argumentos¹²⁴. Al respecto, el Tribunal reitera que, según el artículo 40.2.d del Reglamento del Tribunal las pretensiones de los representantes, incluidas aquellas referidas a reparaciones, deben estar contenidas en el escrito inicial de solicitudes y argumentos. En consecuencia, dichas solicitudes se tienen por extemporáneas y no corresponde admitirlas ni realizar consideraciones adicionales al respecto¹²⁵.

¹²⁴ En sus alegatos finales los representantes solicitaron las siguientes medidas que no constan en su escrito de solicitudes y argumentos: la “[p]revisión legal, para la admisibilidad formal de un recurso, de órganos judiciales diferentes al que dictó la sentencia recurrida”, y, si bien ya se había solicitado la modificación del artículo 280, ampliaron su solicitud a que la misma fuera “derogatoria” y subsidiariamente solicitaron que se “condiciona[ra] su aplicación para los casos en los cuales no se ventila[n] cuestiones constitucionales o no se haya violado el derecho a la doble instancia”.

¹²⁵ Cfr. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 186.

161. En cuanto a las medidas solicitadas por la Comisión y por los representantes en relación con la adopción de medidas normativas o de otro carácter, la Corte considera que la emisión de la presente Sentencia y las reparaciones ordenadas en este capítulo resultan suficientes y adecuadas para remediar la violación sufrida por la víctima y no estima procedente ordenar medidas adicionales¹²⁶.

162. Además, respecto de las medidas solicitadas en relación con la protección del derecho a recurrir del fallo, la Corte resalta que la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones y jurisprudencia nacionales en abstracto¹²⁷. Por tal razón y tomando en cuenta que las medidas solicitadas implican el análisis de normas jurídicas y alegados avances legales y jurisprudenciales que no constituirían el sistema recursivo aplicado al caso del señor Mohamed¹²⁸, tales como la regulación y aplicación judicial del recurso de casación en Argentina, la Corte considera que no corresponde emitir un pronunciamiento sobre dichas solicitudes al disponer las reparaciones del presente caso. No obstante, la Corte recuerda que corresponde a Argentina cumplir sus obligaciones generales de respetar y garantizar el derecho a recurrir del fallo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8.2.h, 1.1 y 2 de la Convención Americana y con los parámetros indicados por este Tribunal al respecto, tanto en relación con la normativa que regula el sistema recursivo como con la aplicación que los órganos judiciales hagan al respecto.

E) Indemnización compensatoria por daños material e inmaterial

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

163. La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado “adoptar las medidas necesarias para que Oscar Alberto Mohamed reciba una adecuada y oportuna reparación por las violaciones de los derechos humanos establecidas en el informe de fondo”.

164. Los representantes afirmaron que “resultaría imposible que el [señor] Mohamed recuper[ara] el estado en que estuvo al momento de la violación convencional”, pero que podría ser compensado “a través de una justa indemnización”. Al respecto, solicitaron que la Corte ordene la cantidad de US\$136.500 (ciento treinta y seis mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América)¹²⁹ en favor del señor Mohamed por concepto del pago de los

¹²⁶ Cfr. *Caso Radilla Pacheco Vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 359, y *Caso Uzcátegui y otros Vs. Venezuela. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 3 de septiembre de 2012 Serie C No. 249, párr. 260.

¹²⁷ Cfr. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 50, y *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232, párr. 172.

¹²⁸ El régimen procesal penal aplicado al señor Mohamed y que, por lo tanto, reguló el proceso penal fue el Código de Procedimientos en Materia Penal de 1888 (Ley 2372) (*supra* párr. 40).

¹²⁹ Para estimar la indemnización correspondiente por la “pérdida de ingresos”, los representantes “siguie[ron] los parámetros de las escalas salariales de la UTA (Unión Tranviario Automotor), [...] sindicato que nuclea a los colectiveros”. Para calcular el tipo de cambio, afirmaron que en aquel entonces “regía la ley de convertibilidad 23.928” según la cual un peso argentino equivalía a un dólar de los Estados Unidos de América. Los representantes mencionaron la variación de la moneda “luego de diciembre de 2001”, pero “considera[ron] conveniente establecer un criterio uniforme” en cuanto al valor del peso argentino para efectos del cálculo de la indemnización solicitada. Para llegar al monto de US\$136.500 (ciento treinta y seis mil quinientos dólares de Estados Unidos de América) los representantes hicieron el siguiente cálculo: “500 pesos argentinos, multiplicado por 13 (doce salarios mensuales más el aguinaldo) equivalen a 6.500 pesos argentinos. Intereses anuales del 5%, equivalen a 325 pesos argentinos por cada período. 6500 pesos argentinos multiplicados por 20 años equivalen a 130.000 pesos argentinos y, sumados a los 20 años, los 325 pesos argentinos de intereses (325 x 20= 6500) nos

salarios dejados de percibir, ya que como consecuencia de la pena de ocho años de inhabilitación para conducir cualquier clase de automotor, “le [fue] retira[do] su registro de conducir” y la empresa solo “le abon[ó] el salario del mes y el proporcional del sueldo complementario anual”. Asimismo, los representantes solicitaron a la Corte que fije la suma de US\$ 8.000 (ocho mil dólares de los Estados Unidos de América) a favor del señor Mohamed como “[c]ompensación por los gastos directos emanados de la violación sufrida”, al considerar que “a partir de la pérdida de su trabajo, sus ingresos se vieron notablemente disminuidos”, incurriendo en gastos para la compra de medicamentos, recibiendo préstamos de sus vecinos y debiendo, la madre del señor Mohamed, hacerse cargo de la familia “durante un tiempo razonable”. Finalmente, por concepto de daños inmateriales los representantes solicitaron a la Corte que ordene al Estado el pago de: i) US\$54.600 (cincuenta y cuatro mil seiscientos dólares de los Estados Unidos de América) al señor Mohamed, de los cuales pidieron US\$27.300 (veintisiete mil trescientos dólares de los Estados Unidos de América) por los daños inmateriales¹³⁰, y US\$27.300 (veintisiete mil trescientos dólares de los Estados Unidos de América) por la afectación a su proyecto de vida¹³¹. Los representantes indicaron que calcularon dichos montos “sobre la base del 20% del lucro cesante estimado para [el señor] Mohamed”.

165. El Estado manifestó que las “eventuales reparaciones [...] deberían circunscribirse al objeto de la presente litis” ante la Corte, es decir, respecto a los “daños y perjuicios que pueda haber padecido el [señor Mohamed] por su imposibilidad de acceder a una instancia revisora de su condena”. Argentina sostuvo que a este Tribunal no le compete “analizar la culpabilidad o inocencia de la presunta víctima y, por ende, tampoco ordenar reparaciones en ese sentido”; específicamente, en relación con “los rubros y montos indemnizatorios como si se lo absolviere de la condena que ha sufrido” y respecto a “los perjuicios [que le provocó] la condena en sede local”. Adicionalmente, el Estado afirmó que “los montos indemnizatorios pretendidos [...] demuestran un desconocimiento absoluto de los estándares internacionales en materia [de reparaciones]” y que “el reclamo de dichas indemnizaciones carece de todo tipo de respaldo probatorio”. El Estado indicó que la Corte solo “podría [...] analizar si existieron violaciones a la Convención y, de considerar que ello ha ocurrido, deberá declararlo en la sentencia”, quedando a criterio del “fuero interno” la valoración de “las reparaciones que deban otorgarse [...] al señor Mohamed”. Argentina sostuvo que las medidas de reparación materiales solicitadas por los representantes “deberían ser rechazadas” y se opuso a que se otorgue una reparación indemnizatoria al señor Mohamed por los salarios dejados de percibir y por los gastos directos en los que habría incurrido, como la solicitud de préstamos, ayuda de los vecinos y que la madre del señor Mohamed haya tenido que hacerse cargo económicamente de la familia Mohamed Potenza. El Estado consideró que el monto indemnizatorio solicitado por los salarios dejados de percibir era “exorbitante” y que el solicitado por los gastos directos “carec[ía] de justificativo”. Asimismo, el Estado sostuvo que “[las medidas de reparación] inmateriales

da la suma de 136.500 pesos argentinos en lucro cesante, que equivalen a la suma de 136.500 dólares americanos”.

¹³⁰ Los representantes alegaron que los daños inmateriales sufridos se deben a: i) las “necesidades económicas que [...] llevaron a la pobreza” a la familia Mohamed Potenza colocándolos en una situación de vulnerabilidad como consecuencia de la “falta de una efectiva protección judicial, una adecuada protección a la salud y [a la] seguridad social”; “el menoscabo a la integridad personal”; iii) “el impacto que causó el ilícito” en las relaciones de la familia a nivel social y laboral y la “angustia, sufrimientos e incertidumbre” que les produjo; iv) “los padecimientos por la pérdida de su trabajo”, y v) “la impotencia” que le generó la pérdida del empleo y el sufrimiento que esto produjo en su familia.

¹³¹ Los representantes afirmaron que las afectaciones al proyecto de vida se dieron por: i) “ha[ber] visto truncado” su proyecto de vida y ser forzado a cambiarlo, y ii) el cambio “extrem[o]” que sufrió en las condiciones de vida como consecuencia de la imposibilidad de tener un trabajo en el que pudiera ejercer su profesión “al [haberle sido] retirado el registro de conductor”.

pedidas por los representantes deberían ser rechazadas”¹³², y negó que el proyecto de vida del señor Mohamed haya sido modificado¹³³. El Estado afirmó que la “exorbitante” suma solicitada por los representantes como indemnización por dichos daños y afectaciones carece de base probatoria. Asimismo, rechazó que el “daño inmaterial pueda calcularse en base a un porcentaje del daño material, y que pueda ser del orden del 20% de éste”.

Consideraciones de la Corte

166. La Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y los supuestos en que corresponde indemnizarlo. Este Tribunal ha establecido que el daño material supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”¹³⁴.

167. El Tribunal ha expuesto en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que este “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”¹³⁵.

168. La Corte ha determinado en la presente Sentencia que se violó el derecho del señor Mohamed a recurrir la sentencia condenatoria (*supra* párr. 117). Ello implicó que se ejecutara en su contra una pena de inhabilitación para conducir por ocho años, impuesta en una sentencia que no pudo ser recurrida.

169. En su declaración ante fedatario público, el señor Mohamed manifestó que la sentencia condenatoria lo hizo sentir “que no valía nada, que no servía para [su] trabajo”. Respecto al recurso extraordinario, el señor Mohamed dijo que “el calvario siguió con la justicia” pues “estaba condenado y el juicio seguía abierto sin saberse hasta cuándo”. Al perder su empleo, el señor Mohamed dijo que “estaba desesperado” pues no tenía los medios económicos para mantener a su familia. Sostuvo también que el despido implicó el haberse quedado “sin obra social y sin atención médica”, por lo que no pudo acceder ni siquiera a pagar atención psicológica. El señor Mohamed expresó que la situación en la que

¹³² La Corte nota que el Estado presentó estos alegatos y los indicados en el siguiente pie de página a través de un anexo a su escrito de contestación. La Corte los admite ya que fueron aportados junto con dicho escrito dentro del plazo correspondiente. El Estado rechazó: i) la alegada imposibilidad del señor Mohamed de trabajar en su profesión por haberle sido retirada “su matrícula profesional” y que como consecuencia de ello no haya podido realizar labores profesionales; ii) que “se hayan visto afectadas [las] posibilidades de crecimiento, desarrollo social y cultural [del señor Mohamed]”; iii) “que la familia Mohamed Potenza haya sido puesta en situación de vulnerabilidad”; iv) que la familia Mohamed Potenza “haya ingresado a los márgenes de la pobreza” como consecuencia “del accionar del Estado”; v) “[q]ue no hayan tenido una efectiva protección judicial, una adecuada “protección de la salud y seguridad social”; vi) “[q]ue haya existido una violación a la integridad personal del señor Mohamed y su familia””, y vii) “[q]ue deba valorarse los supuestos padecimientos sufridos por el señor Mohamed por la pérdida de trabajo.

¹³³ En cuanto a la posible afectación al proyecto de vida del señor Mohamed el Estado rechazó: i) “[q]ue la expectativa de vida de Mohamed y su familia se haya visto modificada” y por ende “[q]ue [el señor] Mohamed se haya quedado sin posibilidades de trabajar, aunque sea en otra actividad”, y ii) que como consecuencia “las condiciones de vida hayan cambiado de tal manera que se viera frustrado el proyecto de vida de la familia Mohamed”.

¹³⁴ Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 281.

¹³⁵ Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 284.

se encontraba le hizo perder las “ganas de vivir” y que estuvo “muchas veces al borde del suicidio”. Señaló que en su estado de desesperación su salud se deterioró “tanto mental como físicamente”, lo cual trajo consigo problemas de diabetes, presión alta y problemas al corazón. El señor Mohamed expresó, *inter alia*, que la imposibilidad de conducir, siendo él “el único sostén de [su] familia”, lo llevó a buscar otras fuentes de ingreso por lo que trabajó como vendedor de “churros [...] plantas, medias y remeras”.

170. Tomando en cuenta lo manifestado por el señor Mohamed en su declaración, especialmente que trabajaba como conductor de autobús¹³⁶, esta Corte estima que al no garantizarle un recurso para impugnar el fallo penal condenatorio y la ejecución de la pena de inhabilitación para conducir, se le ocasionó un grave detrimento en su situación económica y en su acceso al sistema de seguridad social, así como también una gran aflicción y sufrimiento.

171. Por las anteriores razones, la Corte encuentra procedente disponer una indemnización a favor del señor Oscar Alberto Mohamed que comprenda tanto el referido daño material como el daño inmaterial indicado, para lo cual determina en equidad la cantidad de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América). El Estado deberá efectuar el pago de este monto directamente al beneficiario dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia.

172. La Corte observa que los representantes consideraron como “los gastos directos emanados de la violación sufrida” por el señor Mohamed, el hecho de que él habría tenido que solicitar préstamos a los vecinos, comprar medicamentos por su cuenta e incluso que su madre tuviera que hacerse responsable económicamente de la familia durante un tiempo. Dichos alegatos no le fueron probados a la Corte. Sin embargo, este Tribunal constata que tales gastos devienen de la situación ya considerada por la Corte relativa a los ingresos dejados de percibir que fue tomada en cuenta para fijar un monto de indemnización que comprende tanto el daño material como inmaterial. Por lo tanto, no corresponde otorgarle otra indemnización por el mismo concepto.

F) Costas y gastos

173. Como ya lo ha señalado la Corte en oportunidades anteriores, las costas y gastos están comprendidos dentro del concepto de reparación establecido en el artículo 63.1 de la Convención Americana¹³⁷.

174. Los representantes solicitaron a la Corte que ordenara a Argentina “resarcir los gastos y costas en que hayan incurrido las presuntas víctimas y sus representantes como consecuencia del presente caso”.

¹³⁶ En el acervo probatorio consta que, para la época de los hechos, el señor Mohamed percibía un salario de 500,75 pesos argentinos como conductor de autobús (*supra* párr. 61), información que no ha sido controvertida por el Estado. La Corte constata que el cálculo realizado por los representantes para solicitar el monto indemnizatorio toma como base trece salarios al año e “intereses anuales del 5%” y la tasa de cambio de un peso argentino equivalente a un dólar de Estados Unidos de América. Este Tribunal no tiene elementos probatorios suficientes que le permitan constatar que los criterios utilizados por los representantes para calcular los ingresos dejados de percibir por el señor Mohamed sean los adecuados y hace notar que los representantes realizan el cálculo para un período de veinte años. La Corte tomará en cuenta los ingresos dejados de percibir por el señor Mohamed por el tiempo en que estuvo inhabilitado, el cual habría sido de ocho años según lo dispuesto en la sentencia condenatoria.

¹³⁷ *Cfr. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*, párr. 79, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 290.

175. El Estado solicitó que “en la hipótesis que el presente caso no sea rechazado”, “se fijen las costas y gastos sobre la base de la equidad”.

176. El Tribunal ha señalado que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte¹³⁸. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde a la Corte apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su *quantum* sea razonable¹³⁹.

177. En el presente caso, el Tribunal observa que no consta en el expediente respaldo probatorio preciso en relación con las costas y gastos en los cuales incurrió el señor Mohamed o, quien era su representante, el señor Mantione, respecto a la tramitación del caso ante la Comisión. Sin embargo, la Corte considera que tales trámites necesariamente implicaron erogaciones pecuniarias, por lo que determina, en equidad, que el Estado debe entregar al señor Oscar Alberto Mohamed la cantidad de US\$ 3.000 (tres mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos relacionados con la tramitación del caso ante la Comisión Interamericana. Dicha cantidad deberá ser cancelada dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia.

G) Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas

178. En el 2008 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos creó el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el “objeto [de] facilitar el acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema”¹⁴⁰. En el presente caso, debido a que fueron designados dos defensores interamericanos para representar a la víctima (*supra* párrs. 6 y 7)¹⁴¹, se otorgó asistencia del Fondo de Asistencia Legal correspondiente a la Corte para sufragar los gastos razonables y necesarios que

¹³⁸ Cfr. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C No. 108, párr. 22, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 292.

¹³⁹ Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*, párr. 82, y *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 291.

¹⁴⁰ AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), Resolución adoptada por la Asamblea General de la OEA durante la celebración del XXXVIII Período Ordinario de Sesiones de la OEA, en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, “Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Punto Resolutivo 2.a), y CP/RES. 963 (1728/09), Resolución adoptada el 11 de noviembre de 2009 por el Consejo Permanente de la OEA, “Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, artículo 1.1.

¹⁴¹ En aplicación de lo dispuesto en el artículo 37 (Defensor Interamericano) del Reglamento de la Corte, el cual prevé que “[e]n casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el Tribunal podrá designar un Defensor Interamericano de oficio que las represente durante la tramitación de[l] caso”. Tal como se estableció en la exposición de motivos del Reglamento de la Corte, mediante la implementación de la

originó tal representación¹⁴². Dichos gastos consistieron en: i) los gastos de viaje y estadía necesarios para que los dos defensores interamericanos asistieran a la audiencia pública (*supra* párr. 14) a ejercer sus labores de representación de la presunta víctima, ii) la comparecencia en dicha audiencia del señor Julio B. J. Maier a rendir peritaje, y iii) los gastos de formalización de la declaración del señor Mohamed y del dictamen pericial de Alberto Martín Binder, presentadas mediante *affidávit* (*supra* párrs. 12 y 31).

179. El Estado tuvo la oportunidad de presentar sus observaciones sobre las erogaciones realizadas en el presente caso, las cuales ascendieron a la suma de US\$7,539.42 (siete mil quinientos treinta y nueve dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta y dos centavos). Argentina indicó que “no tiene observaciones que realizar acerca de las erogaciones efectuadas en el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas” (*supra* párr. 19). Corresponde al Tribunal, en aplicación del artículo 5 del Reglamento del Fondo, evaluar la procedencia de ordenar al Estado demandado el reintegro al Fondo de Asistencia Legal de las erogaciones en que se hubiese incurrido.

180. En razón de la violación declarada en la presente Sentencia, la Corte ordena al Estado el reintegro a dicho Fondo de la cantidad de US\$7,539.42 (siete mil quinientos treinta y nueve dólares de los Estados Unidos de América con cuarenta y dos centavos) por concepto de los gastos realizados ya mencionados. Dicha cantidad deberá ser reintegrada a la Corte en el plazo de noventa días, contado a partir de la notificación del presente Fallo.

H) Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

181. El Estado deberá efectuar el pago de la indemnización por concepto de daño material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos establecidos en la presente Sentencia directamente al señor Oscar Alberto Mohamed, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los siguientes párrafos. En caso de fallecimiento de la víctima con anterioridad al pago de las cantidades respectivas, estas se entregarán a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

182. El Estado deberá cumplir con las obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o en su equivalente en pesos argentinos, utilizando para el cálculo respectivo el tipo de cambio entre ambas monedas que esté vigente en la bolsa de Nueva York, Estados Unidos de América, el día anterior al pago.

183. Si por causas atribuibles al beneficiario de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera argentina solvente, en dólares estadounidenses, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si al cabo de diez años el monto asignado no ha sido reclamado, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

184. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia, bajo los conceptos de indemnización del daño material e inmaterial y reintegro de costas y gastos, deberán ser entregadas a la persona indicada en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta

figura del defensor interamericano “se garantiza que toda presunta víctima tenga un abogado que haga valer sus intereses ante la Corte y se evita que las razones económicas impidan contar con representación legal”.

¹⁴² Se aplicó tanto el Reglamento correspondiente al Fondo como lo regulado en el Acuerdo suscrito entre la Corte Interamericana y la AIDEF.

Sentencia, y no podrán ser afectadas o condicionadas por motivos fiscales actuales o futuros.

185. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en Argentina.

186. Conforme a su práctica constante, la Corte se reserva la facultad inherente a sus atribuciones y derivada, asimismo, del artículo 65 de la Convención Americana, de supervisar el cumplimiento íntegro de la presente Sentencia. El caso se dará por concluido una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo.

187. Dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplirla.

X PUNTOS RESOLUTIVOS

188. Por tanto,

LA CORTE

DECIDE,

por unanimidad,

1. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado sobre la alegada imposibilidad de la Corte de conocer la supuesta violación al artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 23 a 28 de la presente Sentencia.

DECLARA,

por unanimidad, que:

1. No procede emitir un pronunciamiento sobre las alegadas violaciones a los artículos 8.2.c, 8.2.d, 8.2.e, 25.2.a y 25.2.b de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en el párrafo 85 de la presente Sentencia.

2. El Estado es responsable por la violación del derecho a recurrir del fallo, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed, en los términos de los párrafos 86 a 117 de la presente Sentencia.

3. No procede emitir un pronunciamiento sobre las alegadas violaciones a los artículos 8.1, 8.2.c y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en los párrafos 118 y 119 de la presente Sentencia.

4. El Estado no violó el derecho consagrado en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en los párrafos 120 a 126 de la presente Sentencia.

por cuatro votos a favor y dos en contra, que

5. No estima pertinente determinar si se produjo una violación al principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed, en los términos de los párrafos 130 a 139 de la presente Sentencia.

Y DISPONE,

por unanimidad, que:

1. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
2. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho de recurrir del fallo condenatorio emitido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 22 de febrero de 1995, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en los términos señalados en los párrafos 90 a 117 y 152 de la presente Sentencia.
3. El Estado debe adoptar las medidas necesarias para que los efectos jurídicos de la sentencia condenatoria emitida por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 22 de febrero de 1995, y en especial su registro de antecedentes, queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo garantizando el derecho del señor Oscar Alberto Mohamed a recurrir del fallo condenatorio.
4. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 155 de la presente Sentencia, en un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
5. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 171 y 177 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los referidos párrafos, así como reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas la cantidad establecida en el párrafo 180 de la presente Sentencia.
6. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
7. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

El Juez Pérez Pérez hizo conocer a la Corte su Voto Disidente, el cual acompaña la presente Sentencia.

Redactada en español e inglés, haciendo fe del texto en español, en San José, Costa Rica, el 23 de noviembre de 2012.

Diego García Sayán
Presidente

Manuel E. Ventura Robles

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Comuníquese y ejecútese,

Diego García Sayán
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO PARCIALMENTE DISIDENTE DEL
JUEZ ALBERTO PÉREZ PÉREZ
CASO MOHAMED VS. ARGENTINA**

Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)

1. *Alcance de la disidencia parcial.* El presente voto disidente sólo se refiere al punto declarativo 5 (“5. No estima pertinente determinar si se produjo una violación al principio de legalidad, consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed, en los términos de los párrafos 130 a 139 de la presente Sentencia”) y a la fundamentación pertinente, en particular los párrafos 136 a 139.
2. *El texto del artículo 9 de la Convención Americana.* La disposición sobre cuya alegada violación no se pronuncia la Corte es la siguiente:

ARTICULO 9

Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictiv[a]s según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

3. *Parte pertinente de la sentencia impugnada.* La parte pertinente de la sentencia de la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones de 22 de febrero de 1995 (“la sentencia de la Sala”) dice lo siguiente:

[Fundamentos]

(...) [D]ebo manifestar que aquí, en dar por probado el suceso material, la autoría del acusado en el atropellamiento de la damnificada y la relación causal entre ese atropellamiento y la muerte de aquella persona, termina mi adhesión a la sentencia en recurso, puesto que no sólo no comparto la descalificación que hace el “a quo” de los dichos del testigo presencial del accidente (...) sino que tampoco considero que su relato resulte tan sustancial para determinar si, en este caso, medió o no medió por parte del acusado alguna acción imprudente que, a lo menos, coacusara el resultado socialmente indebido.

En efecto, la “a quo” puso la lupa, para advertir la culpa, únicamente sobre quién — si el acusado o la víctima— tenían habilitado el paso por la luz del semáforo, como si la existencia de tal autorización municipal pudiera relevar de toda responsabilidad al acusado y suplir la necesidad de indagar cuál fue realmente la conducta que, contrariando el deber de cuidado objetivo, motivó el resultado punible, cuando en la especie se advierte, además, que Mohamed incumplió la norma que prohíbe sobrepasar a otro en los cruces de calles, precisamente para preservar a los conductores la necesaria visibilidad en todo momento y el consiguiente dominio de la acción.

(...) [L]os dichos del propio acusado constituyen una prueba acabada de un accionar desvalioso, por imprudente, que resultó decisivo en el desenlace reprochable ahora analizado.

En efecto, Mohamed (...) relató que detuvo su colectivo en la parada existente en Belgrano, entre Tacuarí y Piedras, teniendo delante suyo detenido un colectivo de la línea N° 103, por lo que, al reiniciar la marcha el acusado, lo hizo desviando hacia el carril de la izquierda, hasta el tercer carril, pues en el segundo carril, o sea, a su derecha, se puso el mencionado

vehículo de la línea 103, sobrepasando éste al suyo en una mitad, por lo que así llegaron a la intersección de Belgrano y Piedras, donde el semáforo les habilitaba el paso, viendo allí que el colectivo 103 frenó y apareció delante suyo una mujer corriendo, por lo que él también frenó, no obstante lo cual la tocó con su paragolpe, haciéndola trastabillar y caer al piso, y golpear la cabeza contra el suelo.

Considero que basta con este relato para advertir la imprudencia puesta de relieve por el acusado en la conducción del vehículo a su cargo. Las normas de cuidado, por ser normas de prevención objetivas, no son disponibles por los particulares ni, por tanto, abrogables por el desuetudo. Entre tales normas aplicables al caso, que, por lo dicho, son normas de práctica internacional, una establece el deber para quien crea un riesgo a terceros, de conducirse de modo de tener en todo momento el debido control de ese riesgo, para poder impedir cualquier daño a terceros que pudieran provenir de circunstancias posibles y previsibles; otra, ligada con aquella, impone a quien procure adelantarse a otro vehículo la obligación de preservar la necesaria visibilidad, no debiendo, por tanto, iniciar esa maniobra ante una encrucijada, curva, puente u otro lugar peligroso, y una tercera otorga prioridad de paso al peatón cuando éste cruza sobre la senda peatonal, de un modo absoluto en los lugares donde no hay indicadores mecánicos, y de un modo relativo, donde hay señales fijas, pues debe hacerlo con arreglo a las indicaciones de las mencionadas señales. En nuestra legislación, tales principios están contenidos en los artículos. 37, 39 y 40 del decreto ley N°. 692/92, reglamentario del tránsito automotor.

Esto sentado, vemos que Mohamed, a despecho de todo cuidado razonable y garantizador de bienes de terceros, puso su vehículo en marcha de modo de sobrepasar por la izquierda al otro colectivo, con lo cual, y al quedar rezagado, se quitó a sí mismo, y voluntariamente, toda posibilidad de evitar embestir a la peatón que aún cruzaba por la calzada, a diferencia del colectivo de la línea 103, que, por guardar la debida visión del campo de su desplazamiento, pudo evitarlo.

Ya con esto solo basta para tener por configurada la culpa penalmente reprochable. Pero aún hay más (...) [Los dichos del testigo resultan razonables e indican] un inicio del cruce con una luz verde próxima a cambiar, por parte de la víctima, con un llegar a la bocacalle pasando al colega colectivo y, a la vez, anticipando la luz amarilla, por parte del acusado, y que explica debidamente que el otro chofer pudiera frenar y evitar embestir a la víctima, a diferencia del vehículo del acusado. Y esto nos pone en evidencia, a la vez, no solo esa falta de visión a que se refirió el propio acusado, sino también a una cierta velocidad nada adecuada impresa a su máquina para llegar a la esquina y sobrepasar al otro colectivo; velocidad que no es de atribución caprichosa, puesto que la fractura de la clavícula izquierda, la fractura también de todas las costillas del lado izquierdo -o sea del lado en que la víctima fue atropellada-, más la fractura de la segunda y séptima costillas del lado derecho y la herida contuso cortante en la región occipital derecha (...) obviamente no pudieron ser producidas por un mero toque con el paragolpes delantero, menos aún cuando, como lo pretende Mohamed, conducía el colectivo a 10 km/h y, además, aplicó los frenos antes de dicho "toque".

Por todo ello es que no comparto el que, en una causa como la presente, se dude sobre la culpa del acusado sólo porque se descarta al único testigo que habla de una luz verde a favor de la víctima —y cuya desaparición no hace, en cambio, que la luz verde legitime la imprudencia anterior del acusado-, concluyéndose en que la prueba no ha podido descartar la versión dada por el procesado, cuando ésta, como dejé demostrado, es casi una confesión de conducta imprudente, tanto más reprochable para quien, como el acusado, asumió ante la autoridad que lo habilitó para hacer del riesgo a terceros una

profesión, una mayor obligación de preservar la incolumidad y los bienes ajenos; riesgo que la ley solo autoriza para que se ejercite dentro del marco de la más estricta previsión, prudencia y razonabilidad.

(...) Como corolario, siendo la conducta de Mohamed típica, antijurídica y culpable, sin interferencia, por tanto, de causas de justificación, de inimputabilidad, de inculpabilidad o de impunidad, debe ser sancionado con una pena (...) propongo al acuerdo se revoken los puntos I y II del fallo y se aplique al acusado, por ser autor del delito de homicidio culposo (...) ¹

[Parte dispositiva]

(...) II) Revocar el punto I dispositivo de la sentencia apelada (...) y CONDENAR a OSCAR ALBERTO MOHAMED, de las demás condiciones personales obrantes en la presente causa, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y a OCHO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CONDUCIR cualquier clase de automotor. (arts. 26 y 84 del Código Penal) (...)

4. *Norma legal aplicada.* La norma legal aplicada es el artículo 84 del Código Penal Argentino vigente desde el 30 de abril de 1922² (modificado por el Decreto Ley 21.338, de 25-VI-1976³), cuyo texto es el siguiente:

Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

Evidentemente, la aplicación de esa norma legal en sí misma no puede haber implicado ninguna violación del principio de legalidad o irretroactividad, porque el hecho imputado al señor Mohamed tuvo lugar el 16 de marzo de 1992 y la norma legal aplicada (en su texto modificado en cuanto a la pena) estaba vigente desde 1976 y (en su texto original en cuanto a la tipicidad y la culpabilidad) estaba vigente desde 1922. En ella se tipifica adecuadamente la conducta penada, consistente en *causar a otro la muerte*, siempre que ese resultado se haya producido *por* una u otra de las causales siguientes (o por más de una de ellas):

- a) *Imprudencia;*
- b) *Negligencia;*
- c) *Impericia en su arte o profesión;*
- d) *Inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo.*

En el caso, la sentencia analizó los hechos que habrían ocurrido tanto según las declaraciones de un testigo como, en particular, según los dichos del propio señor Mohamed, y llegó a la conclusión de que “basta con este relato para advertir la *imprudencia* puesta de relieve por el acusado en la conducción del vehículo a su cargo”. Más detalladamente, indica asimismo que “Mohamed, **a despecho de todo cuidado razonable y garantizador de bienes de terceros**, puso su vehículo en marcha de modo de sobrepasar por la izquierda al otro colectivo, con lo cual, y al quedar rezagado, se quitó a sí mismo, y voluntariamente, toda posibilidad de evitar embestir a la peatón que aún cruzaba por la calzada, a diferencia del colectivo de la línea 103, que, por guardar la debida visión del campo de su desplazamiento, pudo evitarlo” (negrita y cursiva añadidas). A esos hechos aplicó una norma legal vigente, de modo que no puede encontrarse en ello ninguna violación del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“la Convención Americana”).

¹ Texto tomado de la sentencia emitida el 22 de febrero de 1995 por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (expediente de prueba para mejor resolver presentada por el Estado los días 23 y 30 de julio y 10 de agosto de 2012).

² El Código Penal argentino fue sancionado el 30 de septiembre de 1921 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 29 de octubre de 1921, y entró a regir a partir del 30 de abril de 1922.

³ La modificación fue la siguiente: “Sustitúyese en el art. 84 la siguiente frase: “seis (6) meses a dos (2) años”, por “seis (6) meses a tres (3) años”.”

5. *Deber de cuidado y normas reglamentarias.* La doctrina penal suele englobar las causales mencionadas en el artículo 84 del Código Penal dentro del concepto general de incumplimiento de un deber de cuidado. Asimismo, la lectura de dicho artículo lleva a la conclusión de que – como ya se indicó – alcanza con que esté presente una sola de las causales mencionadas para que se configure el delito culposo. Este punto requiere una aclaración en relación con la inobservancia de reglamentos o de deberes del cargo. Por un lado, no alcanza con que exista tal inobservancia para que se configure el delito, pues ella debe haber tenido incidencia en la producción del resultado (muerte)⁴. Por otro lado, la observancia de las disposiciones reglamentarias o de los deberes del cargo no excluye la configuración del delito por alguna otra de las causales mencionadas en el artículo 84, es decir, imprudencia o negligencia o impericia en su arte o profesión. Este último punto fue perfectamente aclarado en la audiencia por el perito Julio Maier⁵, cuando, en respuesta a una pregunta, dijo que aún tratándose de actividades regladas es posible definir la imprudencia o negligencia utilizando fuentes distintas de los reglamentos, pero el fallo debe exponer claramente en qué funda la imprudencia y cuál es el hecho fáctico del cuál surge esa imprudencia⁶. Eso es precisamente lo que ha ocurrido en el caso. Según surge con meridiana claridad de la transcripción de las partes pertinentes de la sentencia de la Sala hecha supra, párr. 3, esos requisitos fueron cabalmente cumplidos – aunque obviamente corresponderá a los tribunales argentinos, en el procedimiento en que se garantice al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho de recurrir del fallo condenatorio (punto 2 dispositivo de la sentencia de esta Corte), decidir si la valoración de la prueba, la determinación de los hechos probados y la calificación jurídica de ellos fueron correctas.

6. *Alcance de la cita del Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte.* La alegación de violación el artículo 9 de la Convención, entonces, sólo puede basarse en la mención del Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte (decreto N° 692 de 1992), que entró en vigencia algunas semanas después del hecho imputado al señor Mohamed. Según la Comisión, en la sentencia de la Sala se “integró el tipo penal de delito de homicidio culposo establecido en el artículo 84 del Código Penal [argentino], con las normas del Decreto No 692/92” (citado en el párr. 127 de la sentencia de esta Corte). Según los representantes, “la sentencia condenatoria se fundamentó en un reglamento que no estaba vigente, pues a la fecha de los hechos se encontraba vigente el reglamento No 12.689 del año 1945” (ídem, párr. 128). A mi juicio, esas alegaciones son infundadas. Los términos de la sentencia de la Sala demuestran que los fundamentos de su fallo condenatorio radican en principios y normas reconocidos en la práctica internacional y en una interpretación de los conceptos de imprudencia, negligencia e impericia en su arte o profesión, así como en un análisis de la conducta concreta del Sr. Mohamed. Con ello sólo era suficiente para considerar configurado el delito de homicidio culposo (con la salvedad indicada al final del párrafo anterior). No dijo esa sentencia que el señor Mohamed hubiera incurrido en inobservancia de determinadas disposiciones del decreto que cita, sino que lo mencionó como aquella parte de la legislación argentina en que estaban contenidos los principios o “normas de cuidado” o “normas de prevención objetiva” y “de práctica internacional”, que “no son disponibles por los particulares ni, por tanto, abrogables por el desuetudo”. Por lo tanto, no puede decirse que la sentencia de la Sala haya *integrado* el tipo penal aplicando retroactivamente un decreto no vigente, o que lo haya empleado como *fundamento* de la sentencia. No obstante, la referencia a un decreto no vigente en el momento de los hechos constituye un serio error que no se puede dejar de señalar con severidad.

7. *Conclusión.* Como se ha indicado anteriormente, las normas legales aplicadas estaban vigentes desde mucho tiempo antes de los hechos del caso; dichas normas estipulaban que debía observarse el deber de cuidado especificado en los conceptos de imprudencia, negligencia e impericia; la Sala

⁴ Por ejemplo, la inobservancia de una exigencia reglamentaria de llevar en el vehículo balizas u otros elementos de señalización para el caso de estacionarse en una carretera no tiene incidencia en la producción del resultado si el vehículo atropelló a un peatón y le produjo la muerte.

⁵ Perito propuesto por los representantes, que debía dictaminar, en primer lugar, “sobre el principio de legalidad penal” (Resolución del Presidente de la Corte de 4-VI-2012, párrafo resolutivo 8, A-2).

⁶ Sentencia, párr. 136 *in fine*.

sentenciante explicitó los argumentos de hecho y de derecho que a su juicio demostraban “la imprudencia puesta de relieve por el acusado en la conducción del vehículo a su cargo” y que el señor Mohamed había actuado “a despecho de todo cuidado razonable y garantizador de bienes de terceros”, y la errónea cita de un reglamento no vigente no fue utilizada para integrar el tipo ni como fundamento del fallo. Por lo tanto, mi conclusión es que *el Estado argentino no ha violado el artículo 9 de la Convención Americana*.

Alberto Pérez Pérez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario



EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC



EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC
LIMA
CESAR AUGUSTO
NAKAZAKI SERVIGON
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, 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 setiembre 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 N.º 19-2001-A, N.º 19-2001-B y N.º 19-2001-C, derivados del proceso penal N.º 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 40º 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 N.º 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) N.º 19-2001--All, contra el vocal supremo Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo; 2) N.º 19-2001--Bll, contra los vocales supremos Elvia Barrios Alvarado, Roberto Barandiarán Dempwolf y José Neyra Flores; y, 3) N.º 19-2001--Cll, 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 Maraví, 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 setiembre 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 declaradas 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 sólo 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 sólo 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 N.º 19-2001-A, N.º 19-2001-B y N.º 19-2001-C, derivados del proceso penal N.º 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 40º 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 200º, inciso 1, de la Constitución, establece que el proceso 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 constitucionales conexos. Sobre ello ha incidido el Código Procesal Constitucional, estableciendo que aquella relación de conexidad puede presentarse ante la alegada violación del debido proceso. En concreto, el último párrafo del artículo 25º del Código Procesal Constitucional –el cual prevé, enunciativamente, los derechos fundamentales protegidos por el hábeas corpus–, dispone que éste “[t]ambién procede (...) en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso (...)”. Anteriormente a la dación del Código Procesal Constitucional, este Tribunal ya había acogido expresamente esta tesis al aceptar la existencia del denominado -hábeas corpus conexo, refiriendo que -si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, [la pretensión] guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éstas (Cfr. STC 2663-2003-PHC, F. J. 6 h.).

3. Desde luego, la apreciación en torno a la exigencia de conexidad con la libertad individual, es un asunto que debe ser apreciado en cada caso concreto, tomando en consideración *prima facie* criterios tales como el hecho de si la persona que acusa violación del debido proceso se encuentra o no procesada penalmente (Cfr. RTC 2833-2007-PHC, F. J. 5 –caso en el que el demandante tenía solo la condición de testigo en el proceso penal–; RTC 2983-2008-PHC –caso en el que sobre el demandante pesaba tan solo un procedimiento administrativo sancionador–); si se encuentra o no privada de su libertad personal como consecuencia de una decisión derivada del proceso penal en el que supuestamente alguna garantía procesal iusfundamental ha sido inobservada (Cfr. STC 4750-2007-PHC –caso en el que sobre el demandante pesaba una sentencia de pena privativa de libertad–; RTC 5773-2007-PHC, F. J. 13 –caso en el que sobre el demandante solo pesaba un mandato de comparecencia simple–); o, en caso de no existir privación de libertad, si tal privación razonablemente adopta la forma de una amenaza cierta e inminente en razón de la supuesta violación de alguna de las manifestaciones del debido proceso o de la tutela jurisdiccional efectiva

(Cfr. RTC 5656-2007-PHC –caso en el que sobre el recurrente solo pesaba una investigación policial en etapa preliminar–), entre otras consideraciones.

4. En el presente caso, los autos cuya declaración de nulidad se solicita, en razón de supuestamente ser violatorios del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, han sido emitidos en el marco de los incidentes de recusación derivados del Proceso Penal N.º 19-2001 AV (-Caso Barrios Altos, Cantuta y los secuestros de Gustavo Gorriti y Samuel Dyerll). Así las cosas, una primera consideración que salta a la vista es que en la eventualidad de que la demanda de hábeas corpus sea estimada, la consecuencia no sería la libertad del condenado Alberto Fujimori Fujimori, sino tan solo la obligación de la Corte Suprema de, actuando en segunda instancia, valorar el fondo de los recursos de nulidad interpuestos contra los autos que declararon infundadas las recusaciones planteadas. Ello hace dudar de la relación de conexidad que la pretensión guarda con el derecho fundamental a la libertad personal. No obstante, también es verdad que las recusaciones que en esta eventualidad tendrían que valorarse han sido entabladas contra los vocales supremos que declararon no haber nulidad en la sentencia que condena al referido beneficiario a 25 años de pena privativa de libertad, por lo que no resulta irrazonable sostener, desde esta perspectiva, una relación de conexidad entre la violación a la pluralidad de la instancia alegada y el derecho a la libertad personal del condenado.

5. Esta situación lleva al Tribunal Constitucional a apreciar una duda razonable en torno a la procedencia o improcedencia de la presente demanda, en mérito de lo cual, indefectiblemente, en razón de lo previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debe inclinarse por ingresar a valorar el fondo del asunto. En efecto, conforme a lo previsto en el referido precepto -[c]uando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

6. En definitiva, a la luz de lo expuesto, encontrándose vigente y en ejecución una sentencia penal firme limitativa de la libertad personal, expedida en un proceso penal del que, a su vez, derivan los incidentes recusatorios en los que, según se alega, se ha producido la violación constitucional al derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el Tribunal Constitucional considera que existe mérito, *ratione materiae*, para analizar la cuestión de fondo planteada en el marco de un proceso de hábeas corpus.

§3. El derecho fundamental a la pluralidad de la instancia.

7. Lo que concretamente alega el recurrente es que el criterio de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, conforme al cual los autos emitidos por la propia Corte Suprema que resuelven solicitudes de recusación de magistrados, son inimpugnables, resulta inconstitucional, por violar el derecho a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución.

Así las cosas, la determinación de si corresponde o no estimar la pretensión, requiere, ante todo, analizar los alcances constitucionales del derecho que se acusa como violado.

8. El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación

implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F. J. 2; 5019-2009-PHC, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 4).

9. Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que -tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal (Cfr. RRTC 3261-2005-PA, F. J. 3; 5108-2008-PA, F. J. 5; 5415-2008-PA, F. J. 6; y STC 0607-2009-PA, F. J. 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139º, inciso 14, de la Constitución.

10. Desde luego, cuál sea la denominación del medio jurídicamente previsto para el acceso al órgano de segunda instancia revisora, es un asunto constitucionalmente irrelevante. Sea que se lo denomine recurso de apelación, recurso de nulidad, recurso de revisión, o llanamente medio impugnatorio, lo importante constitucionalmente es que permita un control eficaz de la resolución judicial primigenia.

3.1 El derecho fundamental a la pluralidad de la instancia como derecho de configuración legal.

11. Ahora bien, inmediatamente este Tribunal ha advertido que el derecho sub examine, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es uno de configuración legal: —...el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 4; 10490-2006-PA, F. J. 11; 6476-2008-PA, F. J. 7).

12. Que el derecho a los medios impugnatorios sea un derecho fundamental de configuración legal, implica que -corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 5; 0962-2007-PA, F. J. 4; 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 6036-2009-PA, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 5).

Ello, desde luego, no significa que la configuración in toto del contenido del derecho fundamental queda librada a la discrecionalidad del legislador, sino tan solo que —existiendo un contenido esencial del derecho que, por estar garantizado por la propia Norma Fundamental, resulta indisponible para el legislador— es necesaria también la acción del órgano legislativo para culminar la delimitación del contenido del derecho. Dicha delimitación legislativa, en la medida de que sea realizada sin violar el contenido esencial del propio derecho u otros derechos o valores constitucionales reconocidos, forma, junto al contenido esencial del derecho concernido, el parámetro de juicio para controlar la validez constitucional de los actos de los poderes públicos o privados. Este criterio ha sido sostenido antes por el Tribunal Constitucional:

-Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido por se inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese

sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito sine qua non para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.

Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos en blanco, es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.

Aquí se encuentra de por medio el principio de libre configuración de la ley por el legislador, conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales¹¹ (Cfr. STC 1417-2005-PA, F. J. 12).

13. El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y, a su vez —en tanto derecho fundamental de configuración legal—, un contenido delimitable por el legislador democrático, genera, entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que el referido derecho —no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso¹² (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 2596-2010-PA; F. J. 5). Y es que, si así fuese, no solo resultaría que el legislador carecería de margen de acción en la delimitación del derecho (lo que, en este caso, sería contrario al principio democrático —artículos 43º y 93º de la Constitución—), sino que, además, incluso en aquellos ámbitos ajenos al contenido esencial del derecho, éste resultaría oponible, exista o no previsión legal del recurso impugnatorio, lo cual resultaría violatorio del derecho fundamental en virtud del cual —ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos¹³ (artículo 139º, inciso 3, de la Constitución).

3.2 Delimitación prima facie del contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia.

14. Por lo expuesto, es de recibo que este Tribunal determine el contenido esencial, prima facie, del derecho a la pluralidad de la instancia, es decir, el núcleo mínimo que resulta indisponible para el legislador, y, por consiguiente, proyectado como vinculante, directamente, desde el propio artículo 139º, inciso 6, de la Constitución. Dicha determinación implica responder a la pregunta acerca de qué resoluciones judiciales son las necesariamente impugnables, así como a la pregunta acerca de cuántas veces tales resoluciones son susceptibles de impugnación.

15. En realidad la segunda interrogante ya ha sido abordada por este Tribunal. Es claro que la instancia plural —sin perjuicio de lo que más adelante se precise en relación con la incidencia del derecho a la pluralidad de la instancia en las decisiones de órganos jurisdiccionales colegiados no penales— queda satisfecha con la duplicidad de la instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas (Cfr. RTC 3261-2005-PA, F. J. 3; STC 6149-2006-PA, FF. JJ. 26 – 27). Es, pues, la primera interrogante (¿qué resoluciones judiciales son las necesariamente impugnables?) la que requiere analizarse detenidamente.

16. Con tal finalidad, por mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es imperativo acudir a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, y a la interpretación que de éstos realizan los tribunales internacionales competentes. Sobre el particular, el artículo 8º, inciso 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establece que «durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, como garantía mínima, a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior». Por su parte, el artículo 14º, inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), «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».

17. Los dispositivos reseñados permiten sostener, en primer término, que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a recurrir las sentencias que le impongan una condena penal. Asimismo, este Tribunal interpreta que, siendo subyacente a dicha previsión fundamental, entre otras cosas, el proteger directa y debidamente el derecho fundamental a la libertad personal, también pertenece al contenido esencial del derecho, el tener oportunidad de recurrir toda resolución judicial que imponga directamente a la persona una medida seria de coerción personal (vg. una medida de detención judicial preventiva).

18. Aunque éste es un contenido vinculante del derecho que se proyecta desde la propia Constitución, las condiciones para la procedencia del recurso pueden ser objeto de regulación legal, sin perjuicio de lo cual, debe precisarse que tales condiciones no pueden representar obstáculos irrazonables para el acceso al recurso y para su debida eficacia. En ese sentido, tal como ha sostenido este Tribunal, no cabe que legalmente se establezca y aplique condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 5; 0962-2007-PA, F. J. 4; 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 6036-2009-PA, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 5). En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «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 del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que «no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces», es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos» (Cfr. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 161).

19. Asimismo, la necesidad de eficacia del recurso exige que el tribunal ante el que se recurra ejerza un control razonablemente amplio de los factores que pudieron determinar la sentencia condenatoria, de forma tal que el derecho a la valoración plural alcance real virtualidad tanto en un sentido formal como material. En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene expuesto que «el artículo 8.2.h [de la CADH] se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, de normas de Derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión».

de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas^{ll} (Cfr. Abella y otros vs. Argentina, Caso 11.137, Informe 55/97, CIDH, OEA/Ser/L/V/II.97, del 18 de noviembre de 1997, párrafo 261).

20. De otra parte, si bien una interpretación aislada del artículo 14º, inciso 5, del PIDCP, puede llevar a la conclusión de que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia se agota en la posibilidad de recurrir los fallos condenatorios emitidos en los procesos penales, el Tribunal Constitucional aprecia que no es ése un criterio acertado. No solo porque, según se ha sostenido supra, él cobija también el derecho de impugnación de otras resoluciones judiciales, como aquéllas que limitan seriamente la libertad personal, sino también porque, a diferencia del PIDCP, la CADH no es tan exigua al delimitar los alcances del derecho. En efecto, según quedó expuesto, su artículo 8º, inciso 2, literal h), expresa que -[d]urante el proceso^{ll} (sin precisar cuál), -toda persona tiene derecho, en plena igualdad^{ll}, como garantía mínima, -a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior^{ll} (sin aludir a un fallo condenatorio). Es en dicha línea que la Corte Interamericana, se ha preocupado en precisar -que a pesar de que el [artículo 8º de la CADH] no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal^{ll} (Cfr. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 70).

21. A la luz de estos criterios, el Tribunal Constitucional considera que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, comprende el derecho a recurrir la sentencia emitida en procesos distintos del penal, entendida como la resolución judicial que, por vía heterocompositiva, resuelve el fondo del litigio planteado, así como toda resolución judicial que, sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto, tiene vocación de poner fin al proceso.

22. Ahora bien, tanto el artículo 14º, inciso 5, del PIDCP, como el artículo 8º, inciso 2, literal h), de la CADH, señalan que el derecho al recurso debe ejercerse ante un juez o tribunal -superior^{ll}. A juicio del Tribunal Constitucional, esta exigencia guarda relación con una característica del telos del derecho a la pluralidad de instancia, cual es el acceso, a través del recurso, a una razón más experimentada en comparación con aquélla que emitió la primera resolución. Dado que en abstracto no es posible garantizar subjetivamente dicha mayor cualificación, los sistemas jurídicos buscan garantizarla, usualmente, a través de presunciones sustentadas en criterios objetivos tales como la mayor jerarquía, rango o grado del tribunal revisor, y la presencia de exigencias para el nombramiento más rigurosas en función de la jerarquía del cargo judicial en el que se pretende ser nombrado.

23. En el caso peruano, el artículo 138º de la Constitución, establece que -[l]a potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerarquizados con arreglo a la Constitución y a las leyes^{ll} (cursiva agregada); mientras que el 26º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) -Decreto Legislativo N.º 767-, distribuye a los órganos judiciales, jerárquicamente, en este orden: -1. La Corte Suprema de Justicia de la República; 2. Las Cortes Superiores de Justicias, en los respectivos distritos judiciales; 3. Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las provincias respectivas; 4. Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de

su sede; y, 5. Los Juzgados de Pazll. Solo la Corte Suprema y las Cortes Superiores son órganos jurisdiccionales colegiados (artículos 29º, 30º y 38º de la LOPJ).

24. Así las cosas, si es finalidad del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el acceso a una razón experimentada y plural, cabe interrogarse si el legislador está obligado a regular un recurso contra las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales colegiados, toda vez que éstos son por definición instancias plurales, y guardan, presumidamente, cierta cualificación por ostentar una jerarquía, cuando menos, de mediano rango. A juicio del Tribunal Constitucional, dicha obligación, por pertenecer al contenido esencial del derecho, existe inequívocamente con relación a sentencias penales condenatorias y con relación, en general, a resoluciones judiciales que limiten el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal o de algún otro derecho fundamental. No obstante, en relación con asuntos distintos de éstos, la determinación de recursos contra resoluciones judiciales emitidas por tribunales colegiados, pertenece al ámbito de configuración legal del derecho fundamental a la pluralidad de instancia, más no a su contenido constitucional esencial o indisponible.

25. En resumen, a criterio del Tribunal Constitucional, prima facie y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra:

- a) La sentencia que le imponga una condena penal.
- b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida seria de coerción personal.
- c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.
- d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.

26. Acaso sea de recibo resaltar que a la luz de las consideraciones expuestas, el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución peruana, es más exigente que el que es reconocido en ordenamientos comparados. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, tempranamente, en criterio reiterado que suele ser compartido por otros tribunales constitucionales de Europa, no considera que la doble instancia sea exigible en todo proceso o incidente, sino solo en el caso de sentencias penales condenatorias. En efecto, expresamente refiere que el derecho de acceso a la tutela judicial -no comprende con carácter general el doble pronunciamiento judicial, es decir, la existencia de una doble instancia, pero cuando la Ley la establece, el derecho fundamental se extiende a la misma en los términos y con el alcance previsto por el Ordenamiento Jurídico. Todo ello sin perjuicio de las peculiaridades existentes en materia penal, puestas de relieve en la Sentencia 76/1982, de 14 de diciembre (Cfr. STC español 4/1984, F. J. 1).

27. Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, tomando en consideración que el artículo 31º de la Constitución de Colombia prevé que -[t]oda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley, ha considerado compatible con su Norma Fundamental y con los tratados internacionales de derechos humanos, que en los procesos penales contra los altos funcionarios estatales no se establezca una segunda instancia penal, siempre que éstos se

desarrollen ante la Corte Suprema. En efecto, la referida Corte ha sostenido lo siguiente: -(...) encuentra la Corte que la interpretación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8.2 del Pacto de San José que han efectuado los órganos internacionales competentes, resulta armónica con la interpretación que se ha hecho de los artículos 29 y 31 Carta Política en materia de juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, en la medida en que de dichos pronunciamientos no se deriva una regla según la cual en los juzgamientos de altos funcionarios con fuero penal ante el órgano de cierre de la jurisdicción penal, deba establecerse una segunda instancia semejante a la que existe para otros juicios penales. Es decir, cada Estado goza de un amplio margen para configurar los procedimientos y para diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos, sin que esté ordenado, según la jurisprudencia vigente, que en los casos de altos funcionarios aforados se prevea siempre la segunda instancia (Cfr. Sentencia C-934/06).

28. No obstante, a juicio del Tribunal Constitucional, como ha quedado dicho, en el caso del ordenamiento jurídico peruano, el contenido indisponible para el legislador del derecho a la pluralidad de la instancia, está conformado por los ámbitos desarrollados en el F. J. 25 supra.

3.3 La configuración legal del derecho fundamental a la pluralidad de instancia como parámetro de constitucionalidad.

29. Ahora bien, desde luego, como ha quedado dicho, la delimitación realizada en el F. J. 25 supra, no agota el contenido del derecho fundamental a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la pluralidad de instancia. Tan solo es una delimitación de su contenido esencial, es decir, del contenido que se proyecta como vinculante desde la regulación de la propia Norma Fundamental y que, en tal medida, resulta indisponible para el legislador. Se trata de un contenido que, en consecuencia, lejos de pretender ser restringido por el legislador, éste tiene la obligación de concretizar legalmente. A partir de ello, el legislador tiene un margen para delimitar, adicionalmente, con un razonable margen de libertad, la configuración legal del referido derecho fundamental.

30. La configuración legal del derecho fundamental que no afecte su contenido esencial o el de otros derechos fundamentales, y resulte relevante constitucionalmente, forma también parte del parámetro de constitucionalidad de los actos que sean acusados de violar el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia. En estos casos, acreditada la constitucionalidad de la ley configuradora, la jurisdicción constitucional tiene la obligación de interpretar la disposición constitucional que reconoce el derecho a la pluralidad de la instancia, de conformidad con aquélla, reconociendo como perteneciente al contenido del derecho aquel ámbito establecido por el legislador que resulte constitucionalmente relevante. Se trata de un supuesto de aplicación de lo que Konrad Hesse denominaba «principio de interpretación de la Constitución de conformidad con la ley» (*gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*) (Cfr. Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 57).

31. En consecuencia, regulado por el legislador, constitucionalmente, el acceso a un recurso para que una segunda instancia controle la validez de una resolución judicial, la afectación del derecho de acceso a dicho recurso o medio impugnatorio, *prima facie*, constituirá una violación del contenido del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador ha optado por regular una

segunda instancia para la revisión de toda sentencia o resolución judicial que tenga pretensión de poner fin al proceso, con prescindencia del tipo de proceso del que emane y del grado o composición del órgano que la emita. Dicha regulación, pertenece al contenido del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia.

§4. Derechos fundamentales de configuración legal y lo -constitucionalmente posible como marco de acción válida de los órganos constitucionales.

32. Ahora bien, habiéndose reconocido al derecho fundamental a la pluralidad de la instancia como un derecho de configuración legal, es evidente que en este ámbito, en observancia del principio de interpretación constitucional de corrección funcional —el cual —exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado (Cfr. STC 5854-2005-PA, F. J. 12, literal c)—, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de respetar un libre y razonable margen de apreciación por parte del legislador democrático. Es decir, el Tribunal Constitucional tiene el deber de reconocer que, mientras no resulte violado el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el legislador democrático tiene muchas posibilidades, todas ellas —constitucionalmente posibles, de configurar su contenido legal de relevancia constitucional.

33. En este orden de ideas, Robert Alexy, refiere, con atino que —[l]o que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución, es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible (Cfr. Alexy, Robert, —Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, en Teoría de los derechos fundamentales, traducción de C. Bernal, 2da. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 519). Ello permite sostener que, si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de lo constitucionalmente prohibido y de lo constitucionalmente obligatorio, mientras el legislador actúe respetando márgenes suficientes de razonabilidad y los criterios vinculantes de este Colegiado, tal legislador tiene la calidad de supremo intérprete en el marco (amplio, por cierto) de lo constitucionalmente posible.

34. Pero no solo ello. De lo expuesto resulta, además, que las dudas atinentes a cuál deba ser la interpretación adecuada de la ley, desenvueltas en el ámbito de todo aquello que la Constitución permite, no es algo que este Tribunal pueda imponer si es que de por medio existe ya una posición de la Corte Suprema de Justicia de la República. En otras palabras, si entre muchas interpretaciones de la ley, todas ellas constitucionalmente válidas, la Corte Suprema opta por una, ¿puede este Colegiado obligarle a optar por otra? A juicio de este Tribunal, la respuesta a tal interrogante es manifiestamente negativa, pues ello supondría afectar injustificadamente las competencias de los otros órganos constitucionales, allí donde la Constitución les ha reservado un margen de razonable apreciación. Tal como se ha referido antes, —si el Tribunal Constitucional se juzgase competente para dilucidar tales cuestionamientos, pasaría de ser el supremo intérprete de la Constitución a ser el supremo intérprete de la ley, función, ésta última, que ciertamente no le ha confiado el Poder Constituyente (Cfr. RTC 1949-2010-PA, F. J. 4). Y es bajo este presupuesto que este Tribunal le ha reconocido a la Corte Suprema la condición de —suprem[a] intérprete de la ley (Cfr. STC 2730-2006-PA, F. J. 56).

35. Este criterio, desde luego, no denota una renuncia por parte de este Tribunal a las competencias que la Constitución le ha confiado, pues manteniéndose como supremo interprete de la Constitución, por imperio de la propia Norma Fundamental, es su deber también reconocer y respetar las competencias de los otros órganos del Estado en el desarrollo legal y jurisprudencial de la Constitución, mientras lo hagan sin afectar el contenido de ésta. En todo caso, el Tribunal Constitucional mantiene siempre la competencia última en la definición de cuándo ello se haya o no producido.

§5. Análisis constitucional del caso concreto.

36. A juicio del recurrente, el derecho a impugnar los autos emitidos por la Corte Suprema que resuelven solicitudes de recusación de magistrados, pertenece al contenido del derecho fundamental a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia. Desde luego, a la luz de lo expuesto en el F. J. 25 supra, tal derecho no pertenece al contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, pues con su ejercicio no solo no se pretende cuestionar una sentencia condenatoria, alguna medida que restrinja la libertad personal o alguna resolución que pretenda poner fin a un proceso, sino que, además, las resoluciones que se alegan como recurribles, han sido emitidas por un órgano jurisdiccional colegiado, conformado por magistrados que ostentan la máxima jerarquía en el Poder Judicial.

37. Queda por analizar, en consecuencia, si la referida posibilidad de impugnación, ha sido regulada por el legislador como una segunda instancia susceptible de incorporarse en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de la instancia.

38. Es en este punto donde se presenta el centro de la discrepancia entre las partes del presente proceso. El recurrente, a pesar de reconocer que dicha impugnación no se encuentra expresamente regulada, sostiene que resultaba de aplicación el artículo 40º del Código de Procedimiento Penales, que establece que -contra la resolución de la Sala Superior en la que se pronuncia sobre la recusación procede recurso de nulidadll, siendo que, a su juicio, -no es posible interpretar literalmente el artículo 40 para sostener que al referirse a la 'Sala Superior' no se considera al caso de la Sala Suprema, por dos razones: Φ En primer lugar la interpretación sistemática de la norma procesal, exige concordarla con el artículo 34 inciso 2 que claramente diferencia los plazos para formular recusación contra los miembros de una Sala Superior y de una Sala Suprema. Φ En segundo lugar, al ser el derecho a recurrir una garantía procesal constitucional, las normas que regulan el recurso, tienen que interpretarse en el sentido más favorable a fin de facilitar al justiciable el acceso al recursoll (a fojas 32; la negrita es del original).

39. Sin perjuicio de que este Tribunal analizará si el artículo 40º es aplicable para impugnar los autos emitidos por la Corte Suprema que resuelven solicitudes de recusación de magistrados, cabe enfatizar, desde ahora, que ninguna de las dos razones sostenidas por el recurrente, por sí misma, abona en esta tesis. En efecto, el artículo 34º, inciso 2, del Código de Procedimientos Penales, establece lo siguiente: -Si la causa se encuentra en la Corte Superior o en la Corte Suprema, la recusación igualmente deberá interponerse hasta tres días hábiles antes de haberse citado a las partes para la celebración de la audiencia o vista de la causall. En consecuencia, este precepto se limita a establecer el plazo para la interposición de la recusación, y permite interpretar que tanto los jueces superiores como los supremos son recusables. Pero ello no permite concluir en modo alguno

(ni siquiera bajo el criterio de la interpretación sistemática traído a colación por el recurrente) que se encuentra legalmente prevista la impugnación de un auto supremo que resuelve una recusación.

De otra parte, si bien es correcto afirmar que las normas tienen que interpretarse en el sentido más favorable a la eficacia del contenido de los derechos fundamentales, ello, justamente, requiere como presupuesto determinar razonablemente cuál es el contenido del concernido derecho. Si la tesis de la interpretación más favorable fuese aplicada con prescindencia de una determinación previa, siquiera prima facie, del contenido del derecho, los derechos podrían aplicarse a situaciones insospechadas, más allá de toda compatibilidad con su contenido constitucionalmente protegido. En suma, pretender determinar el contenido de un derecho fundamental bajo el auspicio de la tesis de la interpretación más favorable, supone incurrir en una petición de principio, pues la aplicación de ésta requiere de una previa determinación prima facie de aquél. Tal determinación, es, justamente, la que se encuentra en entredicho en este proceso.

40. Por su parte, los vocales supremos emplazados han sostenido en las resoluciones judiciales que son objeto de impugnación que -no es posible en vía de hecho establecer procedimientos no previstos legalmente, como sucede en el caso de recurrir vía recurso de nulidad la decisión que desestima recusaciones contra miembros de la última instancia de fallo de este Poder del Estado. Asimismo, cabe precisar [que] bajo el manto de la pluralidad de instancias —el cual se circunscribe principalmente [a] las decisiones de fondo—, no es posible crear procedimientos o competencias no preestablecidas por incidentes surgidos dentro de la propia Corte Supremall (a fojas 63, 73 y 83).

41. Verdad es que el recurrente ha concentrado también parte de su alegato argumentando que tratándose de un proceso penal al que resultaban de aplicación las reglas previstas en los artículos 100° de la Constitución y 17° del Código de Procedimientos Penales, en tal proceso penal existía una distribución funcional de competencias en la propia Corte Suprema, lo que, a su juicio, hacía funcionalmente competente a su Sala Penal Permanente para conocer del recurso de nulidad planteado contra la resolución de su Sala Penal Transitoria que declaró infundado el recurso de recusación interpuesto contra determinados jueces supremos. Ello sería así en contraposición a la tesis de los emplazados que, según el recurrente, en el séptimo considerando de las resoluciones judiciales cuya nulidad se solicita en el presente proceso constitucional, se han juzgado incompetentes para efectuar la revisión, entre otras cosas, no utilizando un criterio funcional, sino de grado o jerarquía.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo interesante que pueda resultar en el marco de la teoría general del proceso, la separación conceptual y práctica entre la competencia funcional y la competencia por el grado de los jueces, en el marco de este proceso constitucional, tal discusión resulta inocua. Lo relevante constitucionalmente en esta causa es si el derecho a impugnar los autos emitidos por la Corte Suprema que resuelven solicitudes de recusación de magistrados —con prescindencia de la estructuración o clase del proceso penal de que se trate— pertenece o no al contenido del derecho fundamental a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, lo cual exige despejar las dudas con relación a si el legislador, dentro de sus facultades para culminar la delimitación de contenido constitucional del referido derecho, la ha previsto legislativamente.

42. Resulta meridianamente claro que el ordenamiento jurídico no tiene previsto expresamente ningún recurso para impugnar las resoluciones judiciales de la Corte Suprema que resuelven los

recursos de recusación contra magistrados supremos. Y aunque ello permitiría sostener que el legislador no ha tenido intención de configurar dicho recurso como perteneciente al contenido protegido del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, no es irrazonable sostener que el criterio analógico permitiría aplicar para estos supuestos el artículo 40º del Código de Procedimientos Penales. Se trataría de una interpretación constitucionalmente posible.

43. No obstante, tampoco es irrazonable sostener que aquí no cabe la aplicación del criterio analógico, pues dado que las Salas Superiores y las Salas Supremas ostentan distinta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, no todo recurso susceptible de aplicarse a las primeras es extensible a las segundas, por el sencillo motivo de que mientras que con relación a las Salas Superiores existe un -tribunal superiorll (exigencia prevista en el artículo 8º, inciso 2, literal h, de la CADH, y artículo 14º, inciso 5, del PIDCP) al cual recurrir, en el caso de las Salas Supremas no.

Pero no solo ello. Siendo ambas interpretaciones constitucionalmente posibles, la recién reseñada, a diferencia de la primera, no se opone al derecho fundamental a la jurisdicción y al procedimiento predeterminados por la ley (artículo 139º, inciso 2, de la Constitución), ni tampoco al derecho fundamental a la duración razonable del proceso (artículo 139º, inciso 3, de la Constitución), en tanto derechos subjetivos y valores objetivos del sistema jurídico. Se trata, además, de una interpretación que se condice en mayor medida con la finalidad del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, manifestada en el acceso a una razón experimentada y plural, lo que exige asumir que el derecho se relativiza significativamente (sin que ello suponga poder violar su contenido esencial) cuando la resolución judicial que pretende impugnarse, además de no versar sobre el fondo del asunto, es emitida por el órgano colegiado supremo de la jurisdicción ordinaria; máxime si dicha resolución judicial deriva, tal como ocurre en el caso de autos, de un proceso penal cuya totalidad de instancias e incidentes son resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la República, y que ha estado sometido a un nivel de escrutinio institucional y público sin parangón en la historia de la República.

44. La interpretación a la que se ha aludido en el F. J. precedente, es aquélla por la que, a través de una motivación expresa y suficiente, ha optado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República:

...la recusación de un Juez Supremo tiene su propio procedimiento preestablecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya decisión no es susceptible de impugnación, por cuanto la Corte Suprema es última instancia de fallo. (...). [N]o es posible en vía de hecho establecer procedimientos no previstos legalmente, como sucede en el caso de recurrir vía recurso de nulidad la decisión que desestima recusaciones contra miembros de la última instancia de fallo de este Poder del Estado. Asimismo, cabe precisar [que] bajo el manto de la pluralidad de instancias —el cual se circunscribe principalmente [a] las decisiones de fondo—, no es posible crear procedimientos o competencias no preestablecidas por incidentes surgidos dentro de la propia Corte Suprema. (...). En tal sentido es de concluir que la Sala Penal Permanente no viene a ser un órgano jurisdiccional habilitado para conocer del proceso ni de los incidentes derivados de éste, ni mucho menos es un órgano jerárquicamente superior con relación a la Primera Sala Penal Transitoria, por lo que carece de competencia (funcional) para conocer en grado del recurso del nulidad del incidente de recusación contra los Jueces Supremos de la Primera Sala Penal Transitoria. (...). [P]odría decirse que con la decisión que emita este Colegiado se estaría vulnerando el principio de pluralidad de instancia. Sin embargo, ello no resultaría certero, pues (...) el derecho a la pluralidad de instancias no implica el

derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso, se trata de un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador determinar en qué casos, aparte de la resolución que pone fin a la instancia, cabe la impugnación. (...). En tal sentido (...), [impugnar una resolución] será posible cuando la impugnación se encuentre expresamente prevista, exista normatividad que lo permita y exista una instancia funcionalmente superior a la que recurrir; por ello se concluye que la decisión que se pretende recurrir resulta inimpugnabilell (a fojas 62, 63 y 64; 72, 73 y 74; 82, 83 y 84).

45. Es preciso enfatizar que la interpretación adoptada por la Corte Suprema resulta meridianamente compatible con el Principio 20 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. En efecto, dicho precepto reconoce que el derecho a un recurso de revisión no es exigible en materia de recusación cuando la decisión ha sido adoptada por el tribunal supremo del respectivo Estado. Concretamente el referido principio reza así: -Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo [de jueces] estarán sujetas a una revisión independiente. Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo (...) en los procedimientos de recusación o similaresll (énfasis agregado). Por lo demás, ésta, implícitamente, es la tesis acogida por el artículo 41º del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al no prever recurso alguno contra la resolución que resuelve los recursos de recusación contra sus magistrados.

46. Asimismo, puede asumirse razonablemente que esta interpretación de la Corte Suprema en el sentido de que contra las resoluciones judiciales supremas que resuelven recusaciones planteadas contra otros magistrados supremos no cabe recurso alguno, deriva implícitamente del artículo 150º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, el cual al aludir al caso de recusaciones contra vocales de una Sala Suprema, no prevé expresamente recurso alguno contra las resoluciones judiciales que las resuelven. En efecto, dicho precepto se limita a señalar lo siguiente: -La recusación o inhibición de un Vocal se tramita y resuelve por los otros miembros de la Sala. Dos votos conformes hacen resolución en las Cortes Superiores y tres en la Corte Suprema. Para completar Sala, si fuera necesario, se procede conforme al trámite establecido para la resolución de las causas en discordiall.

47. Se trata, además, de una interpretación que se condice con la manera cómo es regulado el incidente de recusación por otros Códigos adjetivos. Así, el artículo 310º del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, dispone lo siguiente: -La recusación se formulará ante el Juez o la Sala que conoce el proceso (...). Cuando el Juez recusado (...) no acepta la recusación, emitirá informe motivado y formará cuaderno enviándolo al Juez que corresponda conocer, con citación a las partes. (...) El Juez a quien se remite el cuaderno tramitará y resolverá la recusación conforme a lo previsto en el Artículo 754 en lo que corresponda. Su decisión es inimpugnabile. Interpuesta recusación contra un Juez de órgano jurisdiccional colegiado, se procede en la forma descrita en el párrafo anterior. Sin embargo, la recusación será resuelta por los otros integrantes de la Sala, sin necesidad de integración, debiéndose llamar a otro Juez sólo en caso de discordiall (énfasis agregado). En consecuencia, en lo que ahora resulta pertinente, de acuerdo con este precepto, la decisión recaída sobre un recurso de recusación planteado contra un juez o jueces que conforman un órgano jurisdiccional colegiado es inimpugnabile.

En sentido sustancialmente análogo, los artículos 203º, 204º y 205º del Código de Justicia Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 961, establecen lo siguiente:

-Artículo 203.- Reemplazo del inhibido o recusado

1. Producida la inhibición o recusación, el inhibido o recusado será reemplazado de acuerdo a Ley, con conocimiento de las partes.

2. Si las partes no están conformes con la inhibición o aceptación de la recusación, podrán interponer apelación ante el Magistrado de quien se trate, a fin de que el superior inmediato decida el incidente dentro del tercer día.

Contra lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional no procede ningún recurso.

Artículo 204.- Trámite cuando el Juez no conviene en la recusación

Si el Juez recusado rechaza de plano la recusación o no conviene con ésta, formará incidente y elevará las copias pertinentes en el plazo de un día hábil a la Sala Penal competente. La Sala dictará la resolución que corresponda siguiendo el trámite previsto en el artículo anterior.

Artículo 205.- Trámites especiales

1. Cuando se trata de miembros de órganos jurisdiccionales colegiados, se seguirá el mismo procedimiento prescrito en los artículos anteriores, pero corresponderá decidir al mismo órgano colegiado integrándose por otro magistrado. Contra lo decidido no procede ningún recurso.

2. Si la recusación es contra todos los integrantes de la Sala, conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por la Leyll (énfasis agregado).

En consecuencia, conforme a lo señalado por estos preceptos las resoluciones que resuelven los recursos de recusación y que son emitidas por jueces distintos del recusado –tal como sucede con las resoluciones judiciales cuestionadas en esta causa–, en todos los casos, son inimpugnables. Idéntica es la fórmula adoptada por los artículos 194º, 195º y 196º del Código Penal Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo N.º 1094.

Finalmente, cabe tener en cuenta que se trata de una interpretación que se condice plenamente con lo que actualmente dispone el artículo 57º del Nuevo Código Procesal Penal, el cual señala que en caso de recusación a jueces, -[c]uando se trata de miembros de órganos jurisdiccionales colegiados (...) corresponderá decidir al mismo órgano colegiado integrándose por otro magistrado. Contra lo decidido no procede ningún recurso. [] Si la recusación es contra todos los integrantes del órgano judicial colegiado, conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por la Leyll (énfasis agregado).

48. Conviene enfatizar que el Tribunal Constitucional no pierde de vista que ninguno de los Códigos adjetivos citados en el F. J. precedente era directamente aplicable en el proceso penal seguido contra el beneficiario de esta acción. La referencia a ellos tiene únicamente por objeto solventar la razonabilidad de la tesis interpretativa por la que han optado los jueces supremos emplazados en esta causa, en el sentido de considerar inimpugnables las resoluciones supremas que resuelven recursos de recusación planteados contra jueces supremos.

49. En definitiva, a la luz de las consideraciones expuestas, dentro del marco de las interpretaciones que el Tribunal Constitucional considera constitucionalmente posibles, aquélla en virtud de la cual las resoluciones judiciales supremas que desestiman un recurso de recusación son inimpugnables, es la que, en este caso, en última instancia, ha sido considerada como más

razonable por la Corte Suprema de Justicia de la República, máxima intérprete en dicho marco de posibilidades. Por ende, al no haberse violado el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, ni tampoco ningún ámbito de este derecho que haya sido configurado por el legislador democrático, las resoluciones judiciales cuya declaración de nulidad se solicita en este proceso, no resultan violatorias del referido derecho fundamental reconocido en el artículo 139º, inciso 6, de la Constitución. La demanda, en consecuencia, debe ser desestimada.

50. Por último, el demandante ha dejado entrever que se habría vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, ya que pese a denegarse en el presente caso la interposición del recurso de nulidad contra la resolución de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema –que declaró infundadas las recusaciones interpuestas-, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema habría actuado de manera distinta en casos similares, en los que habría admitido la interposición del recurso de nulidad.

51. Al respecto, tiene dicho este Tribunal en su jurisprudencia que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano jurisdiccional, al aplicar una ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada, o basándose en condiciones personales o sociales de los justiciables. Se prohíbe, así, la expedición por un mismo órgano de resoluciones que puedan considerarse arbitrarias, caprichosas y subjetivas; es decir, que carezcan de justificación que las legitime. Como hemos declarado en la STC 0016-2002-AI/TC -Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos –judiciales o administrativos– llamados a aplicar las leyesll (F.J. 4; RTC 1755-2006-PA/TC, F.J 3; STC 02593-2006-PHC/TC, F.J 5 y 6).

52. Pues bien, a fin de que se genere una violación de este derecho, no solo deba tratarse de un mismo órgano jurisdiccional el que haya expedido las resoluciones y que dicho órgano tenga la misma composición, sino se exige, además, que exista una identidad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos por el órgano jurisdiccional. Por ello, debe ofrecerse un tertium comparationis que evidencie tal situación, sin que el órgano jurisdiccional cuestionado expusiera las razones de su apartamiento.

53. En el presente caso, sin embargo, observa el Tribunal que el término de comparación ofrecido por el recurrente para alegar la supuesta infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley no es válido, pues no existe identidad sustancial entre aquel y el caso sub litis. En efecto, en el propuesto como término de comparación las recusaciones fueron interpuestas contra diversos miembros de la Sala Penal Especial, por lo que la Sala Penal Transitoria era competente, vía recurso de nulidad, para conocer del referido medio impugnatorio. En este proceso constitucional se cuestiona que no exista un recurso para interponer frente a la resolución adoptada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, esto es, frente a una decisión expedida por un órgano jurisdiccional que constituye la última instancia. Por lo demás, en términos similares a los expresados antes, el Tribunal considera que la recusación planteada fue revisada por una instancia experimentada y plural, lo que conlleva a deducir que la no existencia de un recurso que cuestione la resolución que resuelve la recusación no vulnera el derecho a la pluralidad de instancia al pertenecer al ámbito de lo -constitucionalmente posiblell para el legislador. Así debe declararse.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la demanda de hábeas corpus.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
VERGARA GOTELLI
BEUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI



EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC
LIMA
CESAR AUGUSTO
NAKAZAKI SERVIGON
A FAVOR DE
ALBERTO FUJIMORI
FUJIMORI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. El presente caso trata de un proceso de habeas corpus por demanda interpuesta por Cesar Augusto Nakazaki Servigon, a favor de Alberto Fujimori Fujimori, contra los integrantes de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República integrada por los señores Solis Espinoza, Torres Vega, Araujo Sánchez e Idrogo Delgado, con la finalidad de que se declare la nulidad de los autos que rechazaron la admisión de los recursos de nulidad interpuestos contra los autos de fecha 26 de junio de 2009 que a su vez declararon infundadas las recusaciones planteadas en los incidentes N° 19-2001-A, N° 19-2001-B y N° 19-2001-C, derivados del proceso penal N° 19-2001-AV seguido contra el favorecido. El recurrente accionante pretende la admisión de los recursos conforme al procedimiento establecido en el artículo 40° del Código de Procedimientos Penales, correspondiendo –una vez admitidos los recursos– que los vocales supremos que resuelvan dichos recursos sean vocales diferentes a los emplazados.

El demandante expresa que en el proceso penal seguido contra el favorecido por los casos de Barrios Altos, Cantuta, Gustavo Gorriti y Samuel Dyer (Exp. N° 19-2001-AV) se presentaron 3 incidentes de recusación: i) N° 19-2001--All, contra el vocal supremo Duberli Apolinar Rodríguez Tineo; ii) N° 19-2001--Bll, contra los vocales supremos Elvia Barrios Alvarado, Roberto Barandiaran Dempwolf y José Neyra Flores; y iii) N° 19-2001--Cll, contra el vocal supremo Julio Biaggi Gómez. Señala 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 Rojas Maraví, Ponce de Mier, Arellano Serquen, Calderón Castillo y Zevallos Soto, quienes resolvieron por la desestimatoria de las recusaciones, declarándolas infundadas por autos de fecha 26 de junio de 2009, interponiéndose los recursos de nulidad respectivos. Refiere asimismo que los recursos de nulidad referidos fueron desestimados mediante autos de fecha 4 de setiembre de 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, razón por la que declaró nula la vista de la causa y nulo todo lo actuado ante esa Sala. Finalmente expresa el recurrente que para el trámite de la recusación se debió de aplicar el artículo 40° del Código de Procedimientos Penales, pues si en el procesos principal dos salas actúan como primera y segunda instancia igual correspondería para la resolución de los incidentes de recusación.

2. Se evidencia de los actuados que el recurrente acude en proceso constitucional de amparo considerando que la no admisión de sus recursos de nulidad contra los autos que desestimaron su pedido de recusación, constituyen principalmente una afectación al derecho a la pluralidad de la instancia del favorecido. En tal sentido corresponde abordar qué consideramos como el derecho a la pluralidad de la instancia y cuál ha sido su desarrollo legislativo, para luego evaluar si los vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República emplazados al desestimar la demanda actuaron de manera correcta o arbitraria.

3. El artículo 139°, inciso 6), de la Constitución Política del Estado señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional: La pluralidad de la instancia. Este Colegiado ha señalado en su vasta jurisprudencia que -La exigencia constitucional de establecerse funcional y orgánicamente una doble instancia de resolución de conflictos jurisdiccionales está directamente conectada con los alcances que el pronunciamiento emitido por la última instancia legalmente establecida es capaz de adquirir: la inmutabilidad de la cosa juzgada. (STC N° 0881-2003-AA/TC). Asimismo la STC N° 02596-2010-PA/TC expresó que:

-De acuerdo con ello, el derecho a la pluralidad instancia reconoce de manera expresa el derecho de todo justiciable de recurrir una sentencia que pone fin a la instancia, especialmente cuando ella le es adversa a sus derechos y/o intereses. Sin embargo, tal derecho a la pluralidad de instancia no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso. En este sentido este Colegiado ha señalado que se trata de un derecho de configuración legal, y que corresponde al legislador determinar en qué casos, aparte de la resolución que pone fin a la instancia, cabe la impugnación (Cfr. STC N° 05019-2009-PHC/TC, fundamento 3). Así se ha establecido que:

[El derecho de acceso a los recursos] en tanto derecho de configuración legal, corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir. Su contenido constitucionalmente protegido garantiza que no se establezca y aplique condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable y desproporcionadamente su ejercicio (Cfr. STC Exp. N.° 5194-2005-PA/TC, fundamento 5).

Por tanto, 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 (Cfr. STC N.° 05019-2009-PHC/TC, fundamento 4).II

4. En tal sentido se observa que la definición del derecho a la pluralidad de la instancia lleva imbuída el recurrir a través de un medio impugnatorio una decisión que pone fin a la instancia y/o una resolución que tenga el mismo efecto, lo que implica que no puede considerarse como un derecho que se extienda a cuestionar toda resolución judicial. Es así que el derecho a la pluralidad

de la instancia se encuentra estrechamente vinculada al denominado derecho de acceso a los recursos, puesto que solo a través de los medios impugnatorios podremos obtener el pronunciamiento del superior respecto al cuestionamiento realizado contra una decisión judicial.

5. Es así que es pertinente señalar que la Carta Constitucional al haber señalado de manera genérica el derecho a la pluralidad de la instancia, dejó al legislador para que configurara todo lo relativo a la satisfacción de dicho derecho. Es por ello que el legislador tiene en sus manos la configuración legal referida a los medios impugnatorios. Éstos han sido concebidos como aquellos que tienen la finalidad de enmendar un error contenido en una resolución judicial. El Dr. Manuel Ibañez Frochman, en su libro -Tratado de los Recursos en el Proceso Civil, (páginas 28,29 y 30) señaló que -El recurso es un acto procesal, a cargo del litigante. (...) Queda dicho que este acto jurídico procesal de parte, que es el recurso, tiende a mostrar un error del Tribunal, producido en una resolución judicial. (...) El recurso es, pues, en su dinámica un acto de impugnación de resoluciones judiciales. En su esencia es una facultad, un derecho subjetivo del litigante.¶

6. Por ende que el legislador ha considerado necesario diseñar el proceso peruano para que sea llevado sólo en dos instancias. En tal sentido de manera general considero necesario expresar que existen varios juristas que han expresado que el proceso peruano en general está concebido solo para dos instancias. Uno de ellos es el doctrinario A. Rengel Romberg, en su libro Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano II, Teoría General del Proceso: -...Nuestro sistema del doble grado de jurisdicción está regido por el principio dispositivo que domina en nuestro proceso civil, y por el principio de la personalidad del recurso de apelación, según los cuales el Juez Superior sólo puede conocer de aquellas cuestiones que le sean sometidas por las partes mediante apelación (nemo iudex sine actore) y en la medida del agravio sufrido en la sentencia de primer grado (Tantum devolutum quantum appellatum) de tal modo que los efectos de la apelación interpuesta por una parte no benefician a la otra que no ha recurrido, quedando los puntos no apelados ejecutoriados y firmes por haber pasado en autoridad de cosa juzgada...¶. En tal sentido afirmo que el proceso en general está diseñado sólo para dos instancias y no más, puesto que con ello se satisface el derecho constitucional a pluralidad de la instancia que tiene como objeto que un superior revise una decisión que pone fin a la instancia, no siendo necesario exigir la articulación de otros recursos para dar por satisfecho dicho derecho.

7. En conclusión tenemos que el derecho a la pluralidad de la instancia se satisface con el pronunciamiento en doble instancia respecto a una sentencia de fondo, es decir una decisión judicial que defina la controversia y/o resolución judicial que ponga fin a la instancia. Pero también debe tenerse presente la existencia de casos en los que quedará prohibida la facultad de cuestionar dicha decisión. Y digo esto porque el haber establecido el proceso con doble instancia no sólo tiene como fundamento garantizar el derecho a la pluralidad de la instancia sino también garantizar que un proceso judicial se tramite en un plazo razonable de manera que el iter procesal no se convierta en interminable. Por ello existe en todo sistema de servicio de justicia un órgano de cierre que ostenta la más alta jerarquía, que en definitiva tiene la última palabra en el proceso, vale decir el más alto grado de la jerarquía judicial, caso del Poder Judicial, que tiene como órgano de máximo grado a la Corte Suprema de Justicia de la República. Por tanto considero que en el supuesto de que la resolución judicial que se pretenda cuestionar, -a excepción de la sentencia que decide sobre el fondo de la materia controvertida o resoluciones que pongan fin a la instancia-, haya sido emitida por dicho órgano supremo, tal cuestionamiento será inviable, por no existir un órgano jerárquicamente superior que resuelva tal pedido. Y hablo de esta excepción porque en el caso de

que correspondiéndole a la Corte Suprema la intervención primera –para resolver la cuestión de fondo–, como en el caso presente, la apelación con la denominación indebida de Recurso de Nulidad, existe como medio de impugnación correspondiente el que en este caso llevo a conformación de otra sala para la revisión.

8. Es pertinente aquí señalar que precisamente la ley expresa diferenciación respecto al tratamiento que debe seguirse en los casos en que se resuelva al fondo de la controversia, señalando expresamente el procedimiento que asumirá la Corte Suprema de Justicia de la República en estos casos, señalando –como en el presente caso– que: Un Tribunal conformado por tres jueces supremos, presidido por el hoy presidente de la Corte Suprema del Perú, que condenó, y otro Tribunal revisor, conformado por cinco jueces supremos, que confirmó la decisión anterior, quedando claro que frente a cuestiones incidentales los jueces del Supremo Tribunal de la República no admiten conflictos que negaran su condición de máxima instancia jurisdiccional.

9. Asimismo es pertinente mencionar que en el proyecto puesto a mi vista se manifiesta que la instancia plural nace de la ley, pero debemos entender que el proceso moderno y especialmente el proceso civil peruano, aplicable por disposición expresa de la propia ley como expresión supletoria al proceso constitucional inclusive, la denominada instancia plural está diseñada para un proceso en solo dos instancias. Obviamente la ley ha de fijar no el numero de instancias posibles sino las excepciones, es decir una sola instancia caso del Tribunal Constitucional para procesos de inconstitucionalidad y conflictos competenciales y 3 instancias partidas tratándose de procesos constitucionales de control concreto, es decir procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento, en la que el Tribunal interviene como tercera instancia solo cuando la decisión es contraria al demandante, permitiendo solo por excepción el cuestionamiento por parte del demandado.

10. Es así que debo expresar que considero pertinente la delimitación realizada en la sentencia puesta a mi vista sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, expresando que constituye el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra: La sentencia que le imponga una condena penal; La resolución judicial que le imponga directamente una medida seria de coerción personal; La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitido por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental; y La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental. De esa manera –mientras no se afecte el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia– el legislador tiene libertad para configurar su contenido legal de relevancia constitucional (fundamento 32 de la sentencia).

11. Y es de este modo que llegamos al tema de cuestionamiento en la demanda de habeas corpus. El recurrente acusa a los jueces emplazados de la Corte Suprema de Justicia de la República de haber desestimado los recursos de nulidad interpuestos contra los autos que desestimaron su pedido de recusación, afectándose el contenido del derecho fundamental a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la pluralidad de la instancia.

12. Revisada la normatividad encuentro que el Código de Procedimientos Penales establece en su artículo 34°, inciso 2) que -Si la causa se encuentra en la Corte Superior o en la Corte Suprema, la recusación igualmente deberá interponerse hasta tres días hábiles antes de haberse citado a las

partes para la celebración de la audiencia o vista de la causa. II Asimismo el artículo 150° de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que -La recusación o inhabilitación de un Vocal se tramita y resuelve por los otros miembros de la Sala. Dos votos conformes hacen resolución en las Cortes Superiores y tres en la Corte Suprema.

13. En tal sentido se aprecia que la legislación ha permitido la posibilidad de recusar a los jueces supremos, sin establecer el procedimiento respectivo ante un posible cuestionamiento de la decisión que desestime tal recusación. Por tanto es reiterar que los procesos no pueden ser interminables, puesto que ello afectaría el derecho a un plazo razonable del proceso, por lo que existen órganos de cierre que ostentan la más alta jerarquía en un proceso. Por ello en el caso concreto al haber la Corte Suprema (máximo órgano del Poder Judicial) emitido una resolución desestimatoria respecto a la recusación, era inviable la procedencia de un recurso contra dicha decisión en atención a que:

- a) Que la decisión asumida (desestimatoria del pedido de recusación) fue emitida por el máximo órgano del Poder Judicial, es decir la Corte Suprema de Justicia;
- b) Que al haber sido emitida dicha decisión por el máximo órgano, ello implica que la decisión está dada por un colegiado experimentado y plural, lo que constituye garantía de la decisión; y
- c) Que finalmente la resolución cuyo cuestionamiento se perseguía a través del recurso de nulidad no admitido, no concluía el proceso ni tenía relación alguna con el derecho a la libertad individual del favorecido. Es decir, se trató de una incidencia y no de una decisión fondal, evacuada por la instancia terminal.

14. En conclusión corresponde desestimar la demanda en atención a que la decisión asumida por los emplazados no afecta los derechos del favorecido.

Por las consideraciones expuestas mi voto es porque se declare INFUNDADA la demanda de habeas corpus propuesta.

Sr.
VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 4235-2010-PHC/TC
LIMA
CESAR AUGUSTO
NAKAZAKI SERVIGON
A FAVOR DE
ALBERTO FUJIMORI
FUJIMORI

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

En general coincido con los argumentos y fallo de la sentencia, salvo con determinados fundamentos. Los argumentos que fundamentan mi posición son los siguientes:

1. En primer término, estimo que el presente caso es uno que reviste la mayor relevancia en la medida que se circunscribe a la interpretación de la normativa procesal penal aplicable a los procesos penales seguidos contra altos funcionarios del Estado y desarrolla el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, de modo tal que más allá de no se haya establecido como precedente vinculante, constituye doctrina jurisprudencial vinculante para todos los operadores jurídicos, tal como lo prevé el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
2. Precisamente, en cuanto al aludido contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, si bien me encuentro de acuerdo con la mayoría de propiedades y características mencionadas en el fundamento 25, no lo estoy con los extremos –a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamentalll, mencionados en los apartados c) y d), pues, en mi concepto, en el ordenamiento jurídico peruano, además de la exigencia de que exista un recurso eficaz contra una sentencia penal, también deben formar parte del contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, y por tanto indisponible para el legislador, la exigencia de que exista un recurso eficaz contra una sentencia expedida por un órgano colegiado distinto al penal (civil, laboral, comercial, etc.). Si bien los tratados de derechos humanos contienen determinadas exigencias vinculadas en cierto modo al derecho a la pluralidad de la instancia, es claro que dichos tratados constituyen un marco mínimo de protección, pudiendo los ordenamientos internos, establecer mayores niveles de garantía a tal derecho. Este mayor nivel de garantía, dentro del ordenamiento jurídico peruano, también debe estar constituido, como ya se ha mencionado, por la exigencia de que exista un recurso eficaz contra una sentencia expedida por un órgano colegiado distinto al penal.
3. Por otro lado, en cuanto al fundamento 53, de la revisión de los escritos y resoluciones judiciales penales obrantes en el cuaderno del Tribunal Constitucional, estimo que deben agregarse a los allí mencionados que carecen de fundamento aquellas afirmaciones del recurrente de las que se deduce la afectación de su derecho de igualdad en la aplicación de la ley, toda vez que aquellos otros casos no constituyen supuestos iguales a los que se cuestionan en el presente habeas corpus. En efecto, en el habeas corpus de autos se cuestiona la decisión de la Sala Penal Permanente, que declara inadmisble el recurso de nulidad interpuesto contra diversos integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema –a quienes recusó–, lo que según el criterio del recurrente es arbitrario porque violaría además el principio de igualdad en la aplicación de la ley, porque existen

otros casos (-utopíall y -pago de 15 millonesll) en los que se demuestra la existencia de recursos de nulidad en incidentes de recusación contra magistrados supremos. Sin embargo, en el referido al -pago de 15 millones de CTS a Vladimiro Montesinosll, el accionante recusó a magistrados de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, lo que originó que la misma se recomponga con miembros de la Segunda Sala Penal Especial, cuya decisión fue cuestionada vía recurso de nulidad, la misma que fue resuelta por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Ello evidencia la inexistencia de un término válido de comparación respecto del presente caso.

4. De igual modo, no existe un término de comparación válido en el -caso Utopíall en la medida que, como es de público conocimiento, el referido asunto tuvo como primera instancia a una sala superior penal, lo que demuestra la diferencia respecto a los hechos cuestionados en el presente.

S.

BEAUMONT CALLIRGOS





OBSERVACIÓN GENERAL Nro. 32 DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS



**Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos**

Distr.
GENERAL

CCPR/C/GC/32
23 de agosto de 2007

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS
90° período de sesiones
Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007

OBSERVACIÓN GENERAL No 32

Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia

I. Consideraciones generales

1. La presente observación general sustituye la Observación general N° 13 (21° período de sesiones).
2. El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley. El artículo 14 del Pacto tiene por objeto velar por la adecuada administración de la justicia y, a tal efecto, garantiza una serie de derechos específicos.
3. El artículo 14 es de naturaleza particularmente compleja y en él se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación. La primera oración del párrafo 1 establece una garantía general de igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, que rige con independencia de la naturaleza de las actuaciones ante estas instancias. La segunda oración de este mismo párrafo consagra el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, si se enfrentan a una acusación de carácter penal o si se trata de determinar sus derechos y obligaciones de carácter civil. En estas actuaciones la prensa y el público sólo pueden ser excluidos de las vistas públicas en los casos especificados en la tercera oración del párrafo 1. Los párrafos 2 a 5 del artículo prevén las garantías procesales de que disponen las personas acusadas de un delito. El párrafo 6 establece un derecho sustantivo a la indemnización cuando se haya producido un error judicial

GE.07-43774 (S) 190907 101007

en una causa penal. El párrafo 7 prohíbe que una persona pueda ser juzgada dos veces por un mismo delito y garantiza con ello una libertad sustantiva, a saber, el derecho de toda persona a no ser juzgada o sancionada por un delito por el cual ya haya sido condenada o absuelta en sentencia firme. En sus informes, los Estados Partes en el Pacto deberían distinguir claramente entre estos diferentes aspectos del derecho a un juicio imparcial.

4. El artículo 14 establece garantías que los Estados Partes deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno. Si bien los Estados Partes deben informar sobre la interpretación que dan a estas garantías en sus respectivos ordenamientos jurídicos, el Comité observa que el contenido esencial de las garantías del Pacto no puede dejarse exclusivamente a la discreción del derecho interno.

5. Aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 pueden ser aceptables, una reserva general al derecho a un juicio imparcial sería incompatible con el objeto y el fin del Pacto¹.

6. Si bien el artículo 14 no está incluido en la lista de derechos que no pueden suspenderse, que figuran en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto, los Estados que en circunstancias de emergencia pública decidan dejar en suspenso los procedimientos normales previstos en el artículo 14 deben asegurarse de que tal suspensión no vaya más allá de lo que exija estrictamente la situación. Las garantías procesales nunca podrán ser objeto de medidas derogatorias que soslayan la protección de derechos que no son susceptibles de suspensión. Así, por ejemplo, al ser imposible suspender la totalidad de las disposiciones del artículo 6 del Pacto, cualquier juicio que se concluya con la imposición de la pena de muerte durante un estado de excepción deberá guardar conformidad con las disposiciones del Pacto, incluidos todos los requisitos del artículo 14². De manera análoga, como tampoco puede suspenderse ninguna de las disposiciones del artículo 7, ninguna declaración o confesión o, en principio, ninguna prueba que se obtenga en violación de esta disposición podrá admitirse en los procesos previstos por el artículo 14, incluso durante un estado de excepción³, salvo si una declaración o confesión obtenida en violación del artículo 7 se utiliza como prueba de tortura u otro trato prohibido por esta disposición⁴. En ningún caso cabe desviarse de los principios fundamentales del juicio imparcial, incluida la presunción de inocencia⁵.

¹ Observación general N° 24: sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de su ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, párr. 8.

² Observación general N° 29, art. 4: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, párr. 15.

³ Observación general N° 29, art. 4: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, párrs. 7 y 15.

⁴ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

⁵ Observación general N° 29, art. 4: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, párr. 11.

II. Igualdad ante los tribunales y cortes de justicia

7. La primera oración del párrafo 1 del artículo 14 garantiza en términos generales el derecho a la igualdad ante los tribunales y las cortes de justicia. Esta garantía no sólo se aplica a las cortes y tribunales de justicia a que se refiere la segunda oración de este párrafo del artículo 14, sino que también debe respetarse siempre que el derecho interno confíe a un órgano una función judicial⁶.

8. El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza, en términos generales, además de los principios mencionados en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14, los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales, y asegura que las partes en los procedimientos en cuestión sean tratadas sin discriminación alguna.

9. El artículo 14 incluye el derecho de acceso a los tribunales en los casos en que se trata de determinar cargos penales, así como también derechos y obligaciones en un procedimiento judicial. El acceso a la administración de justicia debe garantizarse efectivamente en todos esos casos para asegurar que ninguna persona se vea privada, por lo que toca al procedimiento, de su derecho a exigir justicia. El derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia y a la igualdad ante ellos no está limitado a los ciudadanos de los Estados Partes, sino que deben poder gozar de él todas las personas, independientemente de la nacionalidad o de la condición de apátrida, como los demandantes de asilo, refugiados, trabajadores migratorios, niños no acompañados y otras personas que puedan encontrarse en el territorio o sujetas a la jurisdicción del Estado Parte. Una situación en la que los intentos del individuo de acceder a las cortes o tribunales competentes se vean sistemáticamente frustrados de jure o de facto va en contra de la garantía reconocida en la primera oración del párrafo 1 del artículo 14⁷. Esta garantía prohíbe también toda distinción relativa al acceso a los tribunales y cortes de justicia que no esté basada en derecho y no pueda justificarse con fundamentos objetivos y razonables. La garantía se infringe si a determinadas personas se les impide entablar una acción contra cualquier otra persona por razones tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición⁸.

10. El que se disponga o no de asistencia letrada determina con frecuencia que una persona pueda tener o no tener acceso a las actuaciones judiciales pertinentes o participar en ellas de un modo válido. Si bien en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 se aborda explícitamente la garantía de la asistencia letrada en el proceso penal, se alienta a los Estados a proporcionar asistencia letrada gratuita también en otros casos, cuando las personas carezcan de medios suficientes para pagarla. En algunos casos, pueden estar incluso obligados a hacerlo.

⁶ Comunicaciones Nos. 1015/2001, *Perterer c Austria*, párr. 9.2 (procedimientos disciplinarios contra un funcionario público); 961/2000, *Everett c España*, párr. 6.4 (extradición).

⁷ Comunicación N° 468/1991, *Oló Bahamonde c la Guinea Ecuatorial*, párr. 9.4.

⁸ Comunicación N° 202/1986, *Alto del Avellanal c el Perú*, párr. 10.2 (limitación al marido del derecho a representar el patrimonio conyugal ante los tribunales, excluyendo así a la mujer casada del derecho de legitimación activa). Véase también la Observación general N° 18: No discriminación, párr. 7.

Por ejemplo, cuando una persona condenada a muerte desee obtener la revisión constitucional de irregularidades cometidas en un juicio penal y carezca de medios suficientes para sufragar el costo de la asistencia jurídica necesaria para interponer ese recurso, el Estado estará obligado a suministrar la asistencia jurídica de conformidad con el párrafo 1 del artículo 14, en conjunción con el derecho a un recurso efectivo, consagrado en el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto⁹.

11. De modo análogo, la imposición de costas a las partes en un proceso judicial que de hecho impida el acceso de una persona a la justicia puede plantear cuestiones en virtud del párrafo 1 del artículo 14¹⁰. En particular, una obligación rígida según la ley de atribuir costas a la parte vencedora sin tener en cuenta las consecuencias de ello o sin proporcionar asistencia letrada podría surtir un efecto disuasivo en las personas que desearan reivindicar los derechos que les asisten en virtud del Pacto en las actuaciones judiciales de que disponen¹¹.

12. El derecho a la igualdad de acceso a los tribunales y cortes de justicia, consagrado en el párrafo 1 del artículo 14, se refiere al acceso a los procedimientos de primera instancia y no aborda la cuestión del derecho de apelación u otros recursos¹².

13. El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza también la igualdad de medios procesales. Esto significa que todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado¹³. No hay igualdad de medios procesales si, por ejemplo, el fiscal puede recurrir una determinada decisión, pero el procesado no¹⁴. El principio de igualdad entre las partes se aplica también a los procesos civiles y exige, entre otras cosas, que se otorgue a cada parte la oportunidad de oponerse a todos los argumentos y pruebas presentados por la otra parte¹⁵. En casos excepcionales, también puede exigir que se ofrezca gratuitamente la asistencia de un intérprete en los casos en que, sin él, una parte desprovista de

⁹ Comunicaciones Nos. 377/1989, Currie c Jamaica, párr. 13.4; 704/1996, Shaw c Jamaica, párr. 7.6; 707/1996, Taylor c Jamaica, párr. 8.2; 752/1997, Henry c Trinidad y Tabago, párr. 7.6; 845/1998, Kennedy c Trinidad y Tabago, párr. 7.10.

¹⁰ Comunicación N° 646/1995, Lindon c Australia, párr. 6.4.

¹¹ Comunicación N° 779/1997, Aarela y Nakkalajarvi c Finlandia, párr. 7.2.

¹² Comunicación N° 450/1991, 1 P c. Finlandia, párr. 6.2.

¹³ Comunicación N° 1347/2005, Dudko c Australia, párr. 7.4.

¹⁴ Comunicación N° 1086/2002, Weiss c Austria, párr. 9.6. Otro ejemplo de violación del principio de igualdad de medios figura en la comunicación N° 223/1987, Robinson c Jamaica, párr. 10.4 (suspensión de audiencia).

¹⁵ Comunicación N° 846/1999, Jansen-Gielen c los Países Bajos, párr. 8.2 y N° 779/1997, Aarela y Nakkalajarvi c Finlandia, párr. 7.4.

medios no pueda participar en el proceso en pie de igualdad y no puedan ser interrogados los testigos presentados por ella.

14. La igualdad ante los tribunales y cortes de justicia también exige que los casos similares sean tratados en procesos similares. Si, por ejemplo, para la determinación de ciertas categorías de casos se aplican procedimientos penales excepcionales o tribunales o cortes de justicia especialmente constituidos¹⁶, habrá que dar motivos objetivos y razonables que justifiquen la distinción.

III. Una audiencia pública con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial

15. El derecho a una audiencia pública y con las debidas garantías ante un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, está garantizado en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14 cuando se trata de sustanciar una acusación de carácter penal formulada contra una persona o de determinar sus derechos u obligaciones de carácter civil. Las acusaciones de carácter penal corresponden en principio a actos que en el derecho penal nacional se han declarado punibles. La noción puede extenderse también a actos de naturaleza delictiva porque conllevan sanciones que, independientemente de su calificación en el derecho interno, deben considerarse penales por su objetivo, carácter o gravedad¹⁷.

16. El concepto de la determinación de derechos u obligaciones "de carácter civil" ("in a suit of law"/"de caractere civil") es más complejo. Este concepto se expresa con fórmulas distintas en las diversas versiones lingüísticas del Pacto, que, según su artículo 53, son igualmente auténticas, y los travaux préparatoires no resuelven las discrepancias entre los textos en los distintos idiomas. El Comité observa que el concepto de "derechos u obligaciones de carácter civil", o su equivalente en otros idiomas, se basa en la naturaleza del derecho de que se trata, más que en la condición jurídica de una de las partes o en el foro que señalan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales para la determinación de derechos específicos¹⁸. Se trata de un concepto que abarca: a) no sólo los procedimientos para determinar los derechos y las obligaciones relativos a los contratos, la propiedad y los perjuicios extracontractuales en derecho privado, sino también b) las nociones equivalentes de derecho administrativo, como el cese en el empleo de funcionarios públicos por motivos no disciplinarios¹⁹, la determinación de las prestaciones de la seguridad social²⁰, los derechos de pensión de los soldados²¹, los

¹⁶ Por ejemplo, cuando quedan excluidos los juicios con jurado para determinadas categorías de delinquentes. Véase "Observaciones finales, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte", CCPR/CO/73/UK (2001), párr. 18 o delitos.

¹⁷ Comunicación N° 1015/2001, Perterer c Austria, párr. 9.2.

¹⁸ Comunicación N° 112/1981, Y L c el Canadá, párrs. 9.1 y 9.2.

¹⁹ Comunicación N° 441/1990, Casanovas c Francia, párr. 5.2.

²⁰ Comunicación N° 454/1991, García Pons c España, párr. 9.3.

²¹ Comunicación N° 112/1981, Y L c el Canadá, párr. 9.3.

procedimientos relativos al uso de terrenos públicos²² o la apropiación de propiedades privadas. Además, este concepto puede abarcar c) otros procedimientos que deben determinarse caso por caso, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho de que se trate.

17. En cambio, el derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia previsto en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14 no es aplicable cuando la legislación interna no concede ningún derecho a la persona interesada. Por ello el Comité sostiene que esta disposición no se aplica en los casos en que la legislación interna no confiere ningún derecho a obtener un ascenso en la función pública²³, o a ser nombrado juez²⁴, o bien a que un órgano ejecutivo conmute una sentencia a la pena capital²⁵. Además, no se consideran derechos u obligaciones de carácter civil cuando las personas son sometidas a medidas adoptadas en su contra en cuanto personas subordinadas a un nivel alto de control administrativo, como en el caso de las medidas disciplinarias que no equivalen a sanciones penales tomadas contra un funcionario público²⁶, un miembro de las fuerzas armadas o un preso. Esta garantía, además, no se aplica a los procedimientos de extradición, expulsión y deportación²⁷. Si bien no existe el derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia, que se estipula en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14, en estos y otros casos similares pueden aplicarse otras garantías procesales²⁸.

18. La noción de "tribunal", en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14, se refiere a un órgano, cualquiera sea su denominación, creado por ley, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, o que goza en casos específicos de independencia judicial al decidir cuestiones jurídicas en actuaciones de carácter judicial. La segunda oración del párrafo 1 del artículo 14 garantiza el acceso a los tribunales a toda persona contra la que se haya formulado una acusación penal. Este derecho no es susceptible de ninguna limitación, por lo que cualquier condena penal de un órgano que no constituya un tribunal será incompatible con esta disposición. De modo análogo, cuando se determinen derechos y obligaciones de carácter civil, esta determinación deberá hacerla, por lo menos en una de las etapas del proceso, un tribunal en el sentido que se le da en esta oración. El Estado Parte que no establezca un tribunal competente para determinar estos derechos y obligaciones, o no permita el acceso a dicho tribunal en ciertos casos habrá cometido una violación del artículo 14 si estas limitaciones no están basadas en la legislación interna o no son necesarias para lograr objetivos legítimos, como la debida administración de

²² Comunicación N° 779/1997, Aarela y Nakkalajarvi c. Finlandia, párrs. 7.2 a 7.4.

²³ Comunicación N° 837/1998, Kolanowski c. Polonia, párr. 6.4.

²⁴ Comunicaciones Nos. 972/2001, Kazantzis c. Chipre, párr. 6.5; 943/2000, Jacobs c. Bélgica, párr. 8.7 y 1396/2005, Rivera Fernández c. España, párr. 6.3.

²⁵ Comunicación N° 845/1998, Kennedy c. Trinidad y Tabago, párr. 7.4.

²⁶ Comunicación N° 1015/2001, Perterer c. Austria, párr. 9.2 (despido disciplinario).

²⁷ Comunicaciones Nos. 1341/2005, Zundel c. el Canadá, párr. 68; 1359/2005, Espósito c. España, párr. 7.6.

²⁸ Véase el párrafo 62, infra.

justicia, o están basadas en excepciones de la jurisdicción que se derivan del derecho internacional, como, por ejemplo, la inmunidad, o si el acceso de la persona se ha limitado hasta tal punto que queda mermada la esencia misma del derecho.

19. El requisito de la competencia, independencia e imparcialidad de un tribunal en el sentido del párrafo 1 del artículo 14 es un derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna²⁹. El requisito de independencia se refiere, en particular, al procedimiento y las cualificaciones para el nombramiento de los jueces, y las garantías en relación con su seguridad en el cargo hasta la edad de jubilación obligatoria o la expiración de su mandato, en los casos en que exista, las condiciones que rigen los ascensos, traslados, la suspensión y la cesación en sus funciones y la independencia efectiva del poder judicial respecto de la injerencia política por los poderes ejecutivo y legislativo. Los Estados deben adoptar medidas concretas que garanticen la independencia del poder judicial, y proteger a los jueces de toda forma de influencia política en la adopción de decisiones por medio de la Constitución o la aprobación de leyes que establezcan procedimientos claros y criterios objetivos para el nombramiento, la remuneración, el mandato, la promoción, la suspensión y la destitución, y las sanciones disciplinarias en relación con los miembros de la judicatura³⁰. Toda situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente³¹. Es necesario proteger a los jueces contra los conflictos de intereses y la intimidación. Para salvaguardar su independencia, la ley deberá garantizar la condición jurídica de los jueces, incluida su permanencia en el cargo por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, condiciones de servicio, pensiones y una edad de jubilación adecuadas.

20. Los jueces podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia, de conformidad con procedimientos equitativos que garanticen la objetividad y la imparcialidad establecidos en la Constitución o en la ley. La destitución de jueces por el poder ejecutivo, por ejemplo antes de la expiración del mandato para el que fueron nombrados, sin que se les dé ninguna razón concreta y sin que dispongan de una protección judicial efectiva para impugnar la destitución, es incompatible con la independencia del poder judicial³². Esto también se aplica, por ejemplo, a la destitución por el poder ejecutivo de jueces presuntamente corruptos sin que se siga ninguno de los procedimientos establecidos en la ley³³.

21. El requisito de imparcialidad tiene dos aspectos. En primer lugar, los jueces no deben permitir que su fallo esté influenciado por sesgos o prejuicios personales, ni tener ideas

²⁹ Comunicación N° 263/1987, González del Río c el Perú, párr. 5.2.

³⁰ Observaciones finales sobre Eslovaquia, CCPR/79/Add.79 (1997), párr. 18.

³¹ Comunicación N° 468/1991, Oló Bahamonde c la Guinea Ecuatorial, párr. 9.4.

³² Comunicación N° 814/1998, Pastukhov c Belarús, párr. 7.3.

³³ Comunicación N° 933/2000, Mundy Busyo y otros c la República Democrática del Congo, párr. 5.2.

preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra³⁴. En segundo lugar, el tribunal también debe parecer imparcial a un observador razonable. Por ejemplo, normalmente no puede ser considerado imparcial un juicio afectado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado³⁵.

22. Las disposiciones del artículo 14 se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de ese artículo, sean ordinarios o especializados, civiles o militares. El Comité observa que en muchos países existen tribunales militares o especiales que enjuician a civiles. Aunque el Pacto no prohíbe el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares o especiales, esos juicios, sin embargo, deben desarrollarse en condiciones que permitan la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14, sin que dichas garantías puedan limitarse o sean modificadas por la índole militar o especial del tribunal de que se trate. El Comité observa también que el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares o especiales puede plantear problemas graves en cuanto a que la administración de justicia sea equitativa, imparcial e independiente. Por consiguiente, es importante que se tomen todas las medidas posibles para velar por que tales juicios se desarrollen en condiciones en que puedan observarse plenamente las garantías estipuladas en el artículo 14. El enjuiciamiento de civiles por tribunales militares debe ser excepcional³⁶, es decir, limitarse a los casos en que el Estado Parte pueda demostrar que el recurso a dichos tribunales es necesario y está justificado por motivos objetivos y serios, y que, por la categoría específica de los individuos y las infracciones de que se trata, los tribunales civiles no están en condiciones de llevar adelante esos procesos³⁷.

23. Algunos países han recurrido, por ejemplo, en el marco de la adopción de medidas para combatir las actividades terroristas, a tribunales especiales de "jueces sin rostro", integrados por jueces anónimos. Tales tribunales, aun cuando la identidad y la condición de tales jueces hayan sido verificadas por una autoridad independiente, suelen adolecer no sólo del problema de que el acusado desconoce la identidad y la condición de los jueces, sino también de otras irregularidades, como la exclusión del público, o incluso del acusado o sus representantes³⁸, de las actuaciones³⁹; restricciones del derecho a un abogado de propia elección⁴⁰; graves restricciones o denegación del derecho del acusado a comunicarse con sus abogados, en especial

³⁴ Comunicación N° 387/1989, Karttunen c. Finlandia, párr. 7.2.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Véase también el Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949, art. 64, y Comentario general N° 31 (2004) relativo a la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, párr. 11.

³⁷ Comunicación N° 1172/2003, Madani c. Argelia, párr. 8.7

³⁸ Comunicación N° 1298/2004, Becerra Barney c. Colombia, párr. 7.2

³⁹ Comunicaciones Nos. 577/1994, Polay Campos c. el Perú, párr. 8.8; 678/1996, Gutiérrez Vivanco c. el Perú, párr. 7.1; 1126/2002; Carranza Alegre c. el Perú, párr. 7.5.

⁴⁰ Comunicación N° 678/1996, Gutiérrez Vivanco c. el Perú, párr. 7.1.

cuando se encuentra en situación de detención incomunicada⁴¹; amenazas a los abogados⁴²; plazos insuficientes para la preparación de la causa⁴³; graves restricciones o denegación del derecho a citar e interrogar o pedir que se interroge a testigos, en particular la prohibición de contrainterrogar a determinadas categorías de testigos, por ejemplo, a los agentes de policía responsables de la detención e interrogatorio del acusado⁴⁴. Los tribunales, con o sin "jueces sin rostro", en circunstancias como éstas, no satisfacen las normas fundamentales de un juicio con las debidas garantías ni en particular, el requisito de que el tribunal debe ser independiente e imparcial⁴⁵.

24. El artículo 14 es también pertinente en los casos en que un Estado, en su ordenamiento jurídico, reconoce tribunales basados en el derecho consuetudinario o tribunales religiosos y les confía tareas judiciales. Debe velarse por que tales tribunales no estén facultados para dictar fallos vinculantes reconocibles por el Estado, a menos que se satisfagan los siguientes requisitos: que los procedimientos ante dichos tribunales se limiten a asuntos civiles y penales menores, que reúnan los requisitos básicos de un juicio imparcial y otras garantías pertinentes del Pacto, y que sus fallos sean validados por tribunales estatales y puedan ser recurridos por las partes interesadas en un proceso que cumpla lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto. Estos principios son válidos independientemente de la obligación general del Estado de proteger los derechos enunciados en el Pacto respecto de toda persona afectada por los procedimientos de los tribunales consuetudinarios y religiosos.

25. La noción de juicio con las debidas garantías incluye la garantía de una audiencia pública e imparcial. Un proceso equitativo entraña la ausencia de toda influencia, presión, intimidación o intrusión directa o indirecta de cualquier parte o por cualquier motivo. Una audiencia no es imparcial si, por ejemplo, el acusado en un proceso penal enfrenta la expresión de una actitud hostil de parte del público o el apoyo de una parte en la sala del tribunal que es tolerada por el tribunal, con lo que se viola el derecho a la defensa⁴⁶ o el acusado queda expuesto a otras manifestaciones de hostilidad con efectos similares. Las expresiones de actitudes racistas por parte de los miembros de un jurado toleradas por el tribunal o una selección racialmente tendenciosa de los miembros del jurado⁴⁷ son otros casos que afectan negativamente el carácter equitativo del proceso.

⁴¹ Comunicaciones Nos. 577/1994, Polay Campos c el Perú, párr. 8.8; 1126/2002, Carranza Alegre c el Perú, párr. 7.5.

⁴² Comunicación N° 1058/2002, Vargas Mas c el Perú, párr. 6.4.

⁴³ Comunicación N° 1125/2002, Quispe Roque c el Perú, párr. 7.3.

⁴⁴ Comunicaciones Nos. 678/1996, Gutiérrez Vivanco c el Perú, párr. 7.1; 1126/2002, Carranza Alegre c el Perú, párr. 7.5; 1125/2002, Quispe Roque c el Perú, párr. 7.3; 1058/2002, Vargas Mas c el Perú, párr. 6.4.

⁴⁵ Comunicaciones Nos. 577/1994, Polay Campos c el Perú, párr. 8.8; 678/1996, Gutiérrez Vivanco c el Perú, párr. 7.1.

⁴⁶ Comunicación N° 770/1997, Gridin c la Federación de Rusia, párr. 8.2.

⁴⁷ Véase CERD, comunicación N° 3/1991, Narrainen c Noruega, párr. 9.3.

26. El artículo 14 garantiza únicamente la igualdad y la imparcialidad en los procedimientos judiciales y no puede ser interpretado en el sentido de que garantiza la ausencia de errores de parte del tribunal competente⁴⁸. En general, incumbe a los tribunales de los Estados Partes en el Pacto examinar los hechos y las pruebas o la aplicación de la legislación interna en cada caso particular, a menos que se demuestre que la evaluación de las pruebas o la aplicación de la legislación fue claramente arbitraria o equivalió a un error manifiesto o una denegación de justicia o que el tribunal incumplió de algún otro modo su obligación de independencia e imparcialidad⁴⁹. La misma norma se aplica a las instrucciones específicas que un juez da al jurado en los juicios por jurado⁵⁰.

27. Un importante aspecto de la imparcialidad de un juicio es su carácter expeditivo. Si bien en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 se aborda explícitamente la cuestión de las dilaciones indebidas en los procedimientos penales, las demoras en los procedimientos civiles que no pueden justificarse por la complejidad del caso o el comportamiento de las partes no son compatibles con el principio de una vista imparcial consagrado en el párrafo 1 de esta disposición⁵¹. Cuando dichas demoras son ocasionadas por la falta de recursos y la deficiencia crónica de financiación, deberán asignarse, en la medida de lo posible, recursos presupuestarios complementarios suficientes a la administración de justicia⁵².

28. En principio, todos los juicios en casos penales o casos conexos de carácter civil deberían llevarse a cabo oral y públicamente. La publicidad de las audiencias asegura la transparencia de las actuaciones y constituye así una importante garantía que va en interés de la persona y de la sociedad en su conjunto. Los tribunales deben facilitar al público información acerca de la fecha y el lugar de la vista oral y disponer medios adecuados para la asistencia de los miembros interesados del público, dentro de límites razonables, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el posible interés público por el caso y la duración de la vista oral⁵³. El derecho a ser oído públicamente no se aplica necesariamente a todos los procedimientos de apelación, que pueden

⁴⁸ Comunicaciones Nos. 273/1988, B d B c los Países Bajos, párr. 6.3; 1097/2002, Martínez Mercader y otros c España, párr. 6.3.

⁴⁹ Comunicaciones Nos. 1188/2003, Riedl-Riedenstien y otros c Alemania, párr. 7.3; 886/1999, Bondarenko c Belarús, párr. 9.3; 1138/2002, Arenz y otros c Alemania, decisión de admisibilidad, párr. 8.6.

⁵⁰ Comunicaciones N° 253/1987, Kelly c Jamaica, párr. 5.13; N° 349/1989, Wright c Jamaica, párr. 8.3.

⁵¹ Comunicaciones Nos. 203/1986, Muñoz Hermoza c el Perú, párr. 11.3; 514/1992, Fei c Colombia, párr. 8.4.

⁵² Véanse, por ejemplo, observaciones finales, República Democrática del Congo, CCPR/C/COD/CO/3 (2006), párr. 21, y República Centroafricana, CCPR/C/CAF/CO/2 (2006), párr. 16.

⁵³ Comunicación N° 215/1986, Van Meurs c los Países Bajos, párr. 6.2.

realizarse sobre la base de presentaciones escritas^{S4}, ni a las decisiones anteriores al juicio que adopten los fiscales u otras autoridades públicas^{SS}.

29. En el párrafo 1 del artículo 14 se reconoce que los tribunales están facultados para excluir a la totalidad o a parte del público de un juicio por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria, en opinión del tribunal, en circunstancias especiales en que la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia. Aparte de tales circunstancias excepcionales, toda audiencia deberá estar abierta al público en general, incluidos los miembros de los medios de comunicación, y no estar limitada, por ejemplo, sólo a una categoría particular de personas. Aun en los casos en que se excluye al público del juicio, la sentencia, con inclusión de las conclusiones esenciales, las pruebas clave y los fundamentos jurídicos, se deberá hacer pública, excepto cuando el interés de menores de edad exija lo contrario, o en los procedimientos referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

IV. Presunción de inocencia

30. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 14, toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. La presunción de inocencia, que es fundamental para la protección de los derechos humanos, impone la carga de la prueba a la acusación, garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, asegura que el acusado tenga el beneficio de la duda, y exige que las personas acusadas de un delito sean tratadas de conformidad con este principio. Todas las autoridades públicas tienen el deber de abstenerse de prejuzgar los resultados de un juicio, por ejemplo, absteniéndose de hacer comentarios públicos en que se declare la culpabilidad del acusado^{S6}. Normalmente, los acusados no deberán llevar grilletes o estar enjaulados durante el juicio, ni ser presentados ante el tribunal de alguna otra manera que dé a entender que podría tratarse de delincuentes peligrosos. Los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia. Además, la duración de la detención preventiva nunca deberá ser considerada indicativa de culpabilidad ni del grado de ésta^{S7}. La denegación de la libertad bajo fianza^{S8} o las conclusiones de responsabilidad en procedimientos civiles^{S9} no afectan a la presunción de inocencia.

^{S4} Comunicación N° 301/1988, R M c Finlandia, párr. 6.4.

^{SS} Comunciación N° 819/1998, Kavanagh c Irlanda, párr. 10.4.

^{S6} Comunicación N° 770/1997, Gridin c la Federación de Rusia, párrs. 3.5 y 8.3.

^{S7} Sobre la relación entre el párrafo 2 del artículo 14 y el artículo 9 del Pacto, véanse, por ejemplo, observaciones finales, Italia, CCPR/C/ITA/CO/5, párr. 14, y Argentina, CCPR/CO/70/ARG, párr. 10.

^{S8} Comunicación N° 788/1997, Cagas, Butin y Astillerro c Filipinas, párr. 7.3.

^{S9} Comunicaciones Nos. 207/1986, Morael c Francia, párr. 9.5; 408/1990, W J H c los Países Bajos, párr. 6.2; 432/1990, W B E c los Países Bajos, párr. 6.6.

V. Derechos de las personas acusadas de delitos

31. El derecho de toda persona acusada de un delito a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos formulados contra ella, consagrado en el apartado a) del párrafo 3, es la primera de las garantías mínimas de un proceso penal previstas en el artículo 14. Esta garantía se aplica a todos los casos de acusación de carácter penal, incluidos los de personas no detenidas, mas no a las investigaciones penales que preceden a la formulación de los cargos⁶⁰. La obligación de informar a la persona sobre las razones de su detención se establece por separado, en el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto⁶¹.

El derecho a ser informado "sin demora" de la acusación exige que la información se proporcione tan pronto como una autoridad competente, con arreglo al derecho interno⁶², formule la acusación contra una persona, o la designe públicamente como sospechosa de haber cometido un delito. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación verbalmente, siempre que más tarde se confirme por escrito, o por escrito, a condición de bien que en la información se indiquen tanto la ley como los supuestos hechos generales en que se basa la acusación. En el caso de los procesos in absentia se requiere, de conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 14, que, pese a la no comparecencia del acusado, se hayan tomado todas las medidas posibles para informarle de las acusaciones y de su juicio⁶³.

32. El apartado b) del párrafo 3 estipula que los acusados deben disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y deben poder comunicarse con un defensor de su elección. Esta disposición es un elemento importante de la garantía de un juicio justo y una aplicación del principio de igualdad de medios⁶⁴. En caso de que un acusado carezca de medios, la comunicación con la parte letrada sólo puede garantizarse si se le proporciona un intérprete sin costo alguno⁶⁵. Lo que constituye "tiempo adecuado" depende de las circunstancias de cada caso. Si los abogados consideran razonablemente que el plazo para la preparación de la defensa es insuficiente, son ellos quienes deben solicitar un aplazamiento del juicio⁶⁶. El Estado Parte no debe ser considerado responsable de la conducta de un abogado defensor, salvo que haya sido, o debiera haber sido, manifiestamente evidente para el juez que el

⁶⁰ Comunicación N° 1056/2002, Khachatryan c Armenia, párr. 6.4.

⁶¹ Comunicación N° 253/1987, Kelly c Jamaica, párr. 5.8.

⁶² Comunicaciones Nos. 1128/2002, Márques de Morais c Angola, párr. 5.4 y 253/1987, Kelly c Jamaica, párr. 5.8.

⁶³ Comunicación N° 16/1977, Mbenge c el Zaire, párr. 14.1.

⁶⁴ Comunicaciones Nos. 282/1988, Smith c Jamaica, párr. 10.4; 226 y 256/1987, Sawyers, Mclean and Mclean c Jamaica, párr. 13.6.

⁶⁵ Véase la comunicación N° 451/1991, Harward c Noruega, párr. 9.5.

⁶⁶ Comunicación N° 1128/2002, Morais c Angola, párr. 5.6. Asimismo, comunicaciones Nos. 349/1989, Wright c Jamaica, párr. 8.4; 272/1988, Thomas c Jamaica, párr. 11.4; 230/87, Henry c Jamaica, párr. 8.2; 226 y 256/1987, Sawyers, Mclean y Mclean c Jamaica, párr. 13.6.

comportamiento del abogado era incompatible con los intereses de la justicia⁶⁷. Existe la obligación de aceptar las solicitudes de aplazamiento que sean razonables, en particular cuando se impute al acusado un delito grave y se necesite más tiempo para la preparación de la defensa⁶⁸.

33. Los "medios adecuados" deben comprender el acceso a los documentos y otras pruebas; ese acceso debe incluir todos los materiales⁶⁹ que la acusación tenga previsto presentar ante el tribunal contra el acusado o que constituyan pruebas de descargo. Se considerarán materiales de descargo no sólo aquellos que establezcan la inocencia sino también otras pruebas que puedan asistir a la defensa (por ejemplo, indicios de que una confesión no fue hecha voluntariamente). En los casos en que se afirme que se obtuvieron pruebas en violación del artículo 7, también debe presentarse información sobre las circunstancias en que se obtuvieron las pruebas para que se pueda evaluar dicha afirmación. Si el acusado no habla el idioma en que se celebra el juicio, pero está representado por un abogado que conoce ese idioma, podrá bastar que se faciliten a éste los documentos pertinentes del expediente⁷⁰.

34. El derecho a comunicarse con el defensor exige que se garantice al acusado el pronto acceso a su abogado. Los abogados deben poder reunirse con sus clientes en privado y comunicarse con los acusados en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones⁷¹. Además, los abogados deben poder asesorar y representar a las personas acusadas de un delito de conformidad con la ética profesional establecida, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte.

35. El derecho del acusado a ser juzgado sin dilaciones indebidas, previsto en el apartado c) del párrafo 3 de artículo 14, no sólo tiene el propósito de evitar que las personas permanezcan demasiado tiempo en la incertidumbre acerca de su suerte y, si se las mantiene recluidas durante el período del juicio, de garantizar que dicha privación de libertad no se prolongue más de lo necesario en las circunstancias del caso, sino también que redunde en interés de la justicia. Lo que es razonable deberá evaluarse en las circunstancias de cada caso⁷², teniendo en cuenta

⁶⁷ Comunicación N° 1128/2002, *Morais c. Angola*, párr. 5.4.

⁶⁸ Comunicaciones Nos. 913/2000, *Chan c. Guyana*, párr. 6.3; 594/1992, *Phillip c. Trinidad y Tabago*, párr. 7.2.

⁶⁹ Véanse observaciones finales, Canadá, CCPR/C/CAN/CO/5, párr. 13.

⁷⁰ Comunicación N° 451/1991, *Harward c. Noruega*, párr. 9.5.

⁷¹ Comunicaciones Nos. 1117/2002, *Khomidova c. Tayikistán*, párr. 6.4; 907/2000, *Siragev c. Uzbekistán*, párr. 6.3; 770/1997, *Gridin c. la Federación de Rusia*, párr. 8.5.

⁷² Véase, por ejemplo, la comunicación N° 818/1998, *Sextus c. Trinidad y Tabago*, párr. 7.2, referente a una demora de 22 meses entre la imputación al acusado de un delito punible con la pena de muerte y el comienzo del juicio, sin que mediaran circunstancias específicas que justificaran esa dilación. En la comunicación N° 537/1993, *Kelly c. Jamaica*, párr. 5.11, una demora de 18 meses entre la acusación y el comienzo del juicio no constituyó una violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14. Véanse también la comunicación N° 676/1996, *Yasseen y Thomas c. Guyana*, párr. 7.11 (dilación de dos años entre una decisión del Tribunal de

principalmente la complejidad del caso, la conducta del acusado y la manera como las autoridades administrativas y judiciales hayan abordado el asunto. En los casos en que el tribunal niegue a los acusados la libertad bajo fianza, éstos deben ser juzgados lo más rápidamente posible⁷³. Esta garantía se refiere no sólo al intervalo de tiempo entre la acusación formal y el momento en que debe comenzar un proceso sino también al tiempo que media hasta el fallo definitivo en apelación⁷⁴. Todas las fases del proceso deben celebrarse "sin dilaciones indebidas", tanto en primera instancia como en apelación.

36. El apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 contiene tres garantías bien definidas. En primer lugar, la disposición establece que los acusados tienen derecho a estar presentes durante su juicio. Los procesos in absentia de los acusados pueden estar permitidos en algunas circunstancias en interés de la debida administración de la justicia, por ejemplo cuando los acusados, no obstante haber sido informados del proceso con suficiente antelación, renuncian a ejercer su derecho a estar presentes. En consecuencia, esos juicios son solamente compatibles con el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 si se han adoptado las medidas necesarias para convocar a los acusados con antelación suficiente y se les ha informado de antemano de la fecha y el lugar de su juicio, solicitándoles su asistencia⁷⁵.

37. En segundo lugar, el derecho de todos los acusados de un delito penal a defenderse personalmente o mediante un abogado de su propia elección y a ser informados de este derecho, conforme a lo dispuesto en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, se refiere a dos tipos de defensa que no se excluyen mutuamente. Las personas asistidas por un abogado tienen derecho a dar instrucciones al abogado sobre cómo llevar adelante el caso, dentro de los límites de la responsabilidad profesional, y a prestar testimonio en su propio nombre. Al mismo tiempo, el tenor del Pacto es claro, en todos los idiomas oficiales, en el sentido de que prevé el derecho a defenderse personalmente "o" a ser asistido por un defensor de su elección, lo que entraña la posibilidad de que el acusado rechace la asistencia de un abogado. Sin embargo, este derecho a defenderse sin abogado no es absoluto. En algunos juicios concretos, el interés de la justicia puede exigir el nombramiento de un abogado en contra de los deseos del acusado, en particular en los casos de personas que obstruyan sustancial y persistentemente la debida conducción del juicio, o hagan frente a una acusación grave y sean incapaces de actuar en defensa de sus propios intereses, o cuando sea necesario para proteger a testigos vulnerables de nuevas presiones o intimidaciones si los acusados fuesen a interrogarlos personalmente. Sin embargo, toda restricción del deseo de los acusados de defenderse por su cuenta tendrá que tener un propósito objetivo y suficientemente serio y no ir más allá de lo que sea necesario para sostener el interés

Apelación y la reapertura del proceso), y la comunicación N° 938/2000, Siewpersaud, Sukhram y Persaud c Trinidad y Tabago, párr. 6.2 (duración total del proceso penal de casi cinco años, sin explicación alguna del Estado Parte que justificara la demora).

⁷³ Comunicación N° 818/1998, Sextus c Trinidad y Tabago, párr. 7.2.

⁷⁴ Comunicaciones Nos. 1089/2002, Rouse c Filipinas, párr. 7.4; 1085/2002, Taright, Touadi, Remli y Yousfi c Argelia, párr. 8.5.

⁷⁵ Comunicaciones Nos. 16/1977, Mbenge c el Zaire, párr. 14.1; 699/1996, Maleki c Italia, párr. 9.3.

de la justicia. Por consiguiente, la legislación nacional debe evitar excluir cualquier posibilidad de que una persona se defienda en un proceso penal sin la asistencia de un abogado⁷⁶.

38. En tercer lugar, el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 garantiza el derecho de los acusados a que se les nombre un defensor de oficio siempre que el interés de la justicia lo exija, y gratuitamente si carecen de medios suficientes para pagarlo. La gravedad del delito es importante al decidir si ha de nombrarse un abogado en "el interés de la justicia"⁷⁷, así como cuando existe alguna probabilidad objetiva de éxito en la fase de apelación⁷⁸. En los casos sancionables con la pena capital, es axiomático que los acusados deben ser asistidos efectivamente por un abogado en todas las etapas del proceso⁷⁹. Los abogados nombrados por las autoridades competentes sobre la base de esta disposición deberán representar efectivamente a los acusados. A diferencia de lo que ocurre con los abogados contratados a título privado⁸⁰, los casos flagrantes de mala conducta o incompetencia, como el retiro de una apelación sin consulta en un caso de pena de muerte⁸¹, o la ausencia durante el interrogatorio de un testigo en esos casos⁸², pueden entrañar la responsabilidad del Estado por violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, siempre que haya sido evidente para el juez que el comportamiento del letrado era incompatible con los intereses de la justicia⁸³. También se viola esta disposición si el tribunal u otra autoridad competente impiden que los abogados nombrados cumplan debidamente sus funciones⁸⁴.

39. El apartado e) del párrafo 3 del artículo 14 garantiza el derecho de las personas acusadas a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Como aplicación del principio de la igualdad de medios, esta garantía es importante para asegurar una defensa efectiva por los acusados y sus abogados y, en consecuencia, garantiza a

⁷⁶ Comunicación N° 1123/2002, Correia de Matos c Portugal, párrs. 7.4 y 7.5.

⁷⁷ Comunicación N° 646/1995, Lindon c Australia, párr. 6.5.

⁷⁸ Comunicación N° 341/1988, Z P c el Canadá, párr. 5.4.

⁷⁹ Comunicaciones Nos. 985/2001, Aliboeva c Tayikistán, párr. 6.4; 964/2001, Saidova c Tayikistán, párr. 6.8; 781/1997, Aliev c Ucrania, párr. 7.3; 554/1993, LaVende c Trinidad y Tabago, párr. 58.

⁸⁰ Comunicación N° 383/1989, H C c Jamaica, párr. 6.3.

⁸¹ Comunicación N° 253/1987, Kelly c Jamaica, párr. 9.5.

⁸² Comunicación N° 838/1998, Hendricks c Guyana, párr. 6.4. Respecto del caso de ausencia de un representante legal del autor durante el examen de un testigo en una audiencia preliminar, véase la comunicación N° 775/1997, Brown c Jamaica, párr. 6.6.

⁸³ Comunicaciones Nos. 705/1996, Taylor c Jamaica, párr. 6.2 ; 913/2000, Chan c Guyana, párr. 6.2; 980/2001, Hussain c Mauricio, párr. 6.3.

⁸⁴ Comunicación N° 917/2000, Arutyunyan c Uzbekistán, párr. 6.3.

los acusados las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogarlos y contrainterrogarlos que las que tiene la acusación. Sin embargo, no otorga un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo que soliciten los acusados o sus abogados, sino sólo el derecho a que se admita a testigos pertinentes para la defensa, y a tener la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo e impugnar sus declaraciones en alguna etapa del proceso. Dentro de estas limitaciones, y con sujeción a las limitaciones impuestas al uso de declaraciones, confesiones u otras pruebas obtenidas en contravención del artículo 7⁸⁵, corresponde en primer lugar a los poderes legislativos nacionales de los Estados Partes determinar la admisibilidad de las pruebas y la forma en que ha de ser evaluada por los tribunales.

40. El derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete si el acusado no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal, conforme a lo dispuesto en el apartado f) del párrafo 3 del artículo 14, consagra otro aspecto de los principios de la equidad y la igualdad de medios en los procesos penales⁸⁶. Este derecho existe en todas las etapas del procedimiento oral y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Sin embargo, las personas acusadas cuyo idioma materno difiera del idioma oficial del tribunal no tendrán, en principio, derecho a la asistencia gratuita de un intérprete si conocen el idioma oficial suficientemente bien para defenderse efectivamente⁸⁷.

41. Por último, el apartado g) del párrafo 3 del artículo 14 garantiza el derecho a no verse obligado a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable. Esta salvaguardia debe interpretarse en el sentido de que no debe ejercerse presión física o psicológica directa o indirecta alguna sobre los acusados por parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiesen culpables. Con mayor razón es inaceptable tratar a un acusado de forma contraria al artículo 7 del Pacto a fin de obligarlo a confesar⁸⁸. El derecho interno debe establecerse que las pruebas y las declaraciones o confesiones obtenidas por métodos que contravengan el artículo 7 del Pacto quedarán excluidas de las pruebas, salvo que se utilicen para demostrar que hubo tortura u otros tratos prohibidos por esta disposición⁸⁹, y que en tales casos recaerá sobre el Estado la carga de demostrar que las declaraciones de los acusados han sido hechas libremente y por su propia voluntad⁹⁰.

⁸⁵ Véase el párrafo 6, supra

⁸⁶ Comunicación N° 219/1986, Guesdon c Francia, párr. 10.2.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ Comunicaciones Nos. 1208/2003, Kurbonov c Tayikistán, párrs. 6.2 a 6.4; 1044/2002, Shukurova c Tayikistán, párrs. 8.2 y 8.3; 1033/2001, Singarasa c Sri Lanka, párr. 7.4; 912/2000, Deolall c Guyana, párr. 5.1; 253/1987, Kelly c Jamaica, párr. 5.5.

⁸⁹ Véase la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, art. 15. En lo relativo a otras pruebas obtenidas en violación del artículo 7 del Pacto, véase el párrafo 6, supra.

⁹⁰ Comunicaciones Nos. 1033/2001, Singarasa c Sri Lanka, párr. 7.4; 253/1987, Kelly c Jamaica, párr. 7.4.

VI. Menores de edad

42. El párrafo 4 del artículo 14 dispone que en los procedimientos aplicables a los menores de edad se tendrán en cuenta su edad y la importancia de estimular su readaptación social.

Los menores de edad deben gozar por lo menos de las mismas garantías y protección que el artículo 14 del Pacto concede a los adultos. Además, los menores necesitan una protección especial. En los procedimientos penales, en particular, deben ser informados de los cargos que pesan en su contra y, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, recibir asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa, ser juzgados sin demora en una audiencia con las debidas garantías, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asistencia adecuada y, a menos que se considere que ello sea contrario al interés superior del niño, en particular teniendo en cuenta su edad o situación, en presencia de sus padres o tutores legales. La detención antes del juicio o durante él debe evitarse en la medida de lo posible⁹¹.

43. Los Estados deben adoptar medidas para establecer un sistema adecuado de justicia penal de menores que garantice que éstos sean tratados de una forma compatible con su edad.

Es importante establecer una edad mínima por debajo de la cual no se enjuiciará a los menores por delitos penales; esa edad deberá tener en cuenta su inmadurez física y mental.

44. Siempre que sea apropiado, en particular cuando se trate de rehabilitar a los menores que presuntamente hayan cometido actos prohibidos por el derecho penal, deberán preverse medidas distintas de los procedimientos judiciales, como la mediación entre el autor y la víctima, conferencias con la familia del autor, servicios de orientación y apoyo psicológico, servicios a la comunidad o programas educativos, a condición de que sean compatibles con los requisitos del Pacto y otras normas pertinentes de derechos humanos.

VII. Revisión por un tribunal superior

45. El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto dispone 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. Como demuestran las versiones en los diferentes idiomas ("crime", "infraction", "delito"), la garantía no se limita a los delitos más graves. La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" en esta disposición no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a revisión, puesto que éste es un derecho reconocido por el Pacto y no meramente por la legislación interna. La expresión "conforme a lo prescrito por la ley" se refiere más bien a la determinación de las modalidades de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará a cabo la revisión⁹², así como la determinación del tribunal que se encargará de ello de conformidad con el Pacto.

El párrafo 5 del artículo 14 no exige a los Estados Partes que establezcan varias instancias de

⁹¹ Véase la Observación general N° 17 (1989) sobre el artículo 24 (Derechos del niño), párr. 4.

⁹² Comunicaciones Nos. 1095/2002, Gomaríz Valera c España, párr. 7.1; 64/1979, Salgar de Montejo c Colombia, párr. 10.4.

apelación⁹³. Sin embargo, la referencia a la legislación interna en esta disposición ha de interpretarse en el sentido de que si el ordenamiento jurídico nacional prevé otras instancias de apelación, la persona condenada debe tener acceso efectivo a cada una de ellas⁹⁴.

46. El párrafo 5 del artículo 14 no se aplica a los procedimientos para determinar los derechos y obligaciones de carácter civil⁹⁵ ni a ningún otro procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal, como los recursos de amparo constitucional⁹⁶.

47. El párrafo 5 del artículo 14 se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación⁹⁷ o un tribunal de última instancia⁹⁸ a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto⁹⁹.

48. 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 causa¹⁰⁰. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto¹⁰¹. Sin embargo, el párrafo 5 del artículo 14 no exige un nuevo juicio o una nueva "audiencia"¹⁰² si el tribunal que realiza la revisión puede estudiar los hechos de la causa. Así pues, por ejemplo, no se viola el Pacto si un

⁹³ Comunicación N° 1089/2002, Rouse c Filipinas, párr. 7.6.

⁹⁴ Comunicación N° 230/1987, Henry c Jamaica, párr. 8.4.

⁹⁵ Comunicación N° 450/1991, 1 P c Finlandia, párr. 6.2.

⁹⁶ Comunicación N° 352/1989, Douglas, Gentles, Kerr c Jamaica, párr. 11.2.

⁹⁷ Comunicación N° 1095/2002, Gomariz Valera c España, párr. 7.1.

⁹⁸ Comunicación N° 1073/2002, Terrón c España, párr. 7.4.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Comunicaciones Nos. 1100/2002, Bandajevsky c Belarús, párr. 10.13; 985/2001, Aliboeva c Tayikistán, párr. 6.5; 973/2001, Khalilova c Tayikistán, párr. 7.5; 623 a 627/1995, Domukovsky y otros c Georgia, párr. 18.11; 964/2001, Saidova c Tayikistán, párr. 6.5; 802/1998, Rogerson c Australia, párr. 7.5; 662/1995, Lumley c Jamaica, párr. 7.3.

¹⁰¹ Comunicación N° 701/1996, Gómez Vázquez c España, párr. 11.1.

¹⁰² Comunicaciones Nos. 1110/2002, Rolando c Filipinas, párr. 4.5; 984/2001, Juma c Australia, párr. 7.5; 536/1993, Perera c Australia, párr. 6.4.

tribunal de instancia superior examina con todo detalle las alegaciones contra una persona declarada culpable, analiza los elementos de prueba que se presentaron en el juicio y los mencionados en la apelación y llega a la conclusión de que hubo suficientes pruebas de cargo para justificar el dictamen de culpabilidad en el caso de que se trata.¹⁰³.

49. El derecho a la revisión del fallo condenatorio sólo puede ejercerse efectivamente si la persona declarada culpable tiene derecho a acceder a un dictamen debidamente motivado y por escrito en el tribunal de primera instancia y, como mínimo en el primer tribunal de apelación cuando el derecho interno prevea varias instancias de apelación¹⁰⁴, también a otros documentos, como la transcripción de las actas del juicio, que sean necesarios para que pueda ejercer efectivamente el derecho a apelar¹⁰⁵. La efectividad de este derecho se ve afectada también, y el párrafo 5 del artículo 14 resulta vulnerado, si la revisión por la instancia superior se retrasa indebidamente en contravención del apartado c) del párrafo 3 de esa misma disposición¹⁰⁶.

50. Un sistema de revisión que sólo se aplique a las penas que ya se han comenzado a ejecutar no satisface los requisitos del párrafo 5 del artículo 14, independientemente de que esa revisión pueda ser solicitada por la persona declarada culpable o dependa de las facultades discrecionales de un juez o fiscal¹⁰⁷.

51. El derecho a apelar es particularmente importante en los casos de pena de muerte. La denegación de asistencia letrada a una persona indigente por un tribunal que revise una condena a muerte constituye una violación no sólo del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14 sino también del párrafo 5 del artículo 14, ya que en esos casos la denegación de asistencia jurídica para apelar impide de hecho una revisión efectiva del fallo condenatorio y de la pena por un tribunal superior¹⁰⁸. El derecho a la revisión del fallo condenatorio se infringe también si no se informa al acusado de la intención de su abogado de no presentar razones de

¹⁰³ Por ejemplo, comunicaciones Nos. 1156/2003, Pérez Escolar c España, párr. 9.3; 1389/2005, Bertilli Gálvez c España, párr. 4.5.

¹⁰⁴ Comunicaciones Nos. 903/1999, Van Hulst c los Países Bajos, párr. 6.4; 709/1996, Bailey c Jamaica, párr. 7.2; 663/1995, Morrison c Jamaica, párr. 8.5.

¹⁰⁵ Comunicación N° 662/1995, Lumley c Jamaica, párr. 7.5.

¹⁰⁶ Comunicaciones Nos. 845/1998, Kennedy c Trinidad y Tabago, párr. 7.5; 818/1998, Sextus c Trinidad y Tabago, párr. 7.3; 750/1997, Daley c Jamaica, párr. 7.4; 665/1995, Brown y Parish c Jamaica, párr. 9.5; 614/1995, Thomas c Jamaica, párr. 9.5; 590/1994, Bennet c Jamaica, párr. 10.5.

¹⁰⁷ Comunicaciones Nos. 1100/2002, Bandajevsky c Belarús, párr. 10.13; 836/1998, Gelazauskas c Lituania, párr. 7.2.

¹⁰⁸ Comunicación N° 554/1993, LaVende c Trinidad y Tabago, párr. 5.8.

apoyo de su recurso, privándolo así de la oportunidad de buscar a otro representante a fin de que sus asuntos puedan ventilarse en apelación¹⁰⁹.

VIII. Indemnización en caso de error judicial

52. De conformidad con el párrafo 6 del artículo 14, deberá indemnizarse, conforme a la ley, a la persona que haya sido objeto de una sentencia condenatoria firme y haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia si esa sentencia es ulteriormente revocada o el condenado es indultado por haberse descubierto un hecho que pruebe plenamente la comisión de un error judicial¹¹⁰. Es necesario que los Estados Partes promulguen legislación que garantice que esa indemnización se pague efectivamente conforme a lo dispuesto en esta disposición, y que el pago se efectúe dentro de un plazo razonable.

53. Esta garantía no es aplicable si se demuestra que la no revelación en el momento oportuno del hecho desconocido es total o parcialmente atribuible al acusado; en tales casos, la carga de la prueba recae en el Estado. Además, no cabe otorgar ninguna indemnización si el fallo condenatorio se anula en apelación, es decir, antes de que sea definitivo¹¹¹, o en virtud de un indulto de carácter humanitario o discrecional, o motivado por consideraciones de equidad, que no implique que haya habido un error judicial¹¹².

IX. La cosa juzgada (NE BIS IN IDEM)

54. El párrafo 7 del artículo 14 del Pacto, según el cual nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el que ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país, encarna el principio de la cosa juzgada. Esta disposición prohíbe hacer comparecer a una persona, una vez declarada culpable o absuelta por un determinado delito, ante el mismo tribunal o ante otro por ese mismo delito; así pues, por ejemplo, una persona que haya sido absuelta por un tribunal civil no podrá ser juzgada nuevamente por el mismo delito por un tribunal militar. El párrafo 7 del artículo 14 no prohíbe repetir el juicio de una persona declarada culpable in absentia que solicite la repetición, pero se aplica al segundo fallo condenatorio.

¹⁰⁹ Véanse las comunicaciones Nos. 750/1997, Daley c Jamaica, párr. 7.5; 680/1996, Gallimore c Jamaica, párr. 7.4; 668/1995, Smith y Stewart c Jamaica, párr. 7.3. Véase también la comunicación N° 928/2000, Sooklar c Trinidad y Tabago, párr. 4.10.

¹¹⁰ Comunicaciones Nos. 963/2001, Uebergang c Australia, párr. 4.2; 880/1999, Irving c Australia, párr. 8.3; 408/1990, W J H c los Países Bajos, párr. 6.3.

¹¹¹ Comunicaciones Nos. 880/1999, Irving c Australia, párr. 8.4; 868/1999, Wilson c Filipinas, párr. 6.6.

¹¹² Comunicación N° 89/1981, Muhonen c Finlandia, párr. 11.2.

55. Los castigos reiterados a objetores de conciencia por no haber obedecido repetidos mandamientos de incorporación a filas para cumplir el servicio militar pueden equivaler a otras tantas sanciones por un único delito si la consiguiente negativa a acatarlos se apoya en la misma e invariable determinación basada en razones de conciencia¹¹³.

56. La prohibición del párrafo 7 del artículo 14 no se aplica si un tribunal superior anula una condena y ordena la repetición del juicio¹¹⁴. Tampoco se aplica a la reanudación de un juicio penal que se justifique por causas excepcionales, como el descubrimiento de pruebas que no se conocían o no estaban disponibles en el momento de la absolución.

57. Esta garantía concierne a los delitos penales solamente, y no a las medidas disciplinarias que no equivalen a una sanción por un delito penal en el sentido del artículo 14 del Pacto¹¹⁵. Además, no garantiza el principio de ne bis in idem respecto de las jurisdicciones nacionales de dos o más Estados¹¹⁶. Este supuesto no debería, sin embargo, socavar los esfuerzos de los Estados para evitar que se juzgue dos veces el mismo delito penal mediante convenios internacionales¹¹⁷.

X. Relación del artículo 14 con otras disposiciones del Pacto

58. Como conjunto de garantías procesales, el artículo 14 del Pacto desempeña con frecuencia un importante papel en la aplicación de las garantías más sustantivas del Pacto que han de tenerse en cuenta en el contexto de la determinación de las acusaciones de carácter penal contra una persona, así como de sus derechos y obligaciones de carácter civil. En términos procesales, reviste interés la relación con el derecho a un recurso efectivo reconocido en el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. En general, esta disposición debe respetarse en todos los casos en que se haya violado cualquiera de las garantías del artículo 14¹¹⁸. Sin embargo, en lo que respecta al derecho a la revisión del fallo condenatorio y la pena por un tribunal superior, el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto es una *lex specialis* en relación con el párrafo 3 del artículo 2 cuando se invoca el derecho de acceso a un tribunal de apelación¹¹⁹.

¹¹³ Véase Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria, Opinión N° 36/1999 (Turquía), E/CN.4/2001/Add.1, párr. 9, y Opinión N° 24/2003 (Israel), E/CN.4/2005/6/Add.1, párr. 30.

¹¹⁴ Comunicación N° 277/1988, Terán Jijón c el Ecuador, párr. 5.4.

¹¹⁵ Comunicación N° 1001/2001, Gerardus Strik c los Países Bajos, párr. 7.3.

¹¹⁶ Comunicaciones Nos. 692/1996, A R J c Australia, párr. 6.4; 204/1986, A P c Italia, párr. 7.3.

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 20, párr. 3.

¹¹⁸ Por ejemplo, comunicaciones Nos. 1033/2001, Singarasa c Sri Lanka, párr. 7.4; 823/1998, Czernin c la República Checa, párr. 7.5.

¹¹⁹ Comunicación N° 1073/2002, Terrón c España, párr. 6.6.

59. En el caso de los juicios que conducen a la imposición de la pena de muerte, el respeto escrupuloso de las garantías de un juicio imparcial es particularmente importante. La imposición de la pena capital al término de un juicio en que no se hayan respetado las disposiciones del artículo 14 del Pacto, constituye una violación del derecho a la vida (artículo 6 del Pacto)¹²⁰.

60. Infligir malos tratos a una persona contra la que pesan acusaciones penales y obligarla a hacer o a firmar, bajo coacción, una confesión de culpabilidad constituye una violación del artículo 7 del Pacto, que prohíbe la tortura y el trato inhumano, cruel y degradante, y del apartado g) del párrafo 3 del artículo 14, que prohíbe obligar a una persona a declarar contra sí misma o a confesarse culpable¹²¹.

61. Si una persona sospechosa de un delito y detenida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto es acusada del delito pero no es llevada ante un juez por un período de tiempo prolongado, pueden estarse violando al mismo tiempo las prohibiciones de retrasar indebidamente el juicio establecidas en el párrafo 3 del artículo 9 y en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto¹²².

62. Las garantías procesales reconocidas en el artículo 13 del Pacto incorporan los conceptos de las debidas garantías que se recogen también en el artículo 14¹²³, y deberían, por lo tanto, interpretarse a la luz de esta disposición. En la medida en que el derecho interno faculta a un órgano judicial para decidir sobre las expulsiones o deportaciones, se aplican directamente la garantía de igualdad de todas las personas ante las cortes y los tribunales de justicia consagrada en el párrafo 1 del artículo 14, así como los principios de imparcialidad, equidad e igualdad de medios procesales implícitos en esa garantía¹²⁴. Sin embargo, son aplicables todas las garantías pertinentes enunciadas en el artículo 14 en los casos en que la expulsión adopta la forma de sanción penal o en que el derecho penal declara punibles las violaciones de los mandamientos de expulsión.

¹²⁰ Por ejemplo, comunicaciones Nos. 1044/2002, Shakurova c Tayikistán, párr. 8.5 (violación del párrafo 1 y de los apartados b), d) y g) del párrafo 3 del artículo 14); 915/2000, Ruzmetov c Uzbekistán, párr. 7.6 (violación de los párrafos 1 y 2, y de los apartados b), d), e) y g) del párrafo 3 del artículo 14); 913/2000, Chan c Guyana, párr. 5.4 (violación de los apartados b) y d) del párrafo 3 del artículo 14); 1167/2003, Rayos c Filipinas, párr. 7.3 (violación del apartado b) del párrafo 3 del artículo 14).

¹²¹ Comunicaciones Nos. 1044/2002, Shakurova c Tayikistán, párr. 8.2; 915/2000, Ruzmetov c Uzbekistán, párrs. 7.2 y 7.3; 1042/2001, Boimurodov c Tayikistán, párr. 7.2; y muchas otras. En lo relativo a la prohibición de admitir pruebas en violación del artículo 7, véanse los párrafos 6 y 41, supra.

¹²² Comunicaciones Nos. 908/2000, Evans c Trinidad y Tabago, párr. 6.2; 838/1998, Hendricks c Guyana, párr. 6.3; y muchas otras.

¹²³ Comunicación N° 1051/2002, Ahani c el Canadá, párr. 10.9. Véanse también las comunicaciones Nos. 961/2000, Everett c España, párr. 6.4 (extradición); 1438/2005, Taghi Khadje c los Países Bajos, párr. 6.3.

¹²⁴ Véase la comunicación N° 961/2000, Everett c España, párr. 6.4.

63. La forma en que se tramitan los procedimientos penales puede afectar al ejercicio y disfrute de derechos y garantías previstos en el Pacto que no guardan relación con el artículo 14. Así, por ejemplo, mantener pendientes por varios años las acusaciones por el delito de difamación contra un periodista por haber publicado determinados artículos, en violación del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, puede dejar al acusado en una situación de incertidumbre e intimidación y tener, por consiguiente, un efecto desmoralizador que restringe indebidamente el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (artículo 19 del Pacto)¹²⁵.

De la misma manera, las demoras de varios años en los procedimientos penales, en contravención del apartado c) del párrafo 3 del artículo 14, pueden violar el derecho de una persona a abandonar el propio país, reconocido en el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, si el acusado debe permanecer en el país mientras esté pendiente el proceso¹²⁶.

64. En lo que respecta al derecho a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas del propio país, consagrado en el apartado c) del artículo 25 del Pacto, la destitución de jueces en violación de esta disposición puede equivaler a una contravención de esta garantía, considerada conjuntamente con el párrafo 1 del artículo 14, relativo a la independencia de la judicatura¹²⁷.

65. El derecho procesal o las correspondientes medidas de aplicación que establecen distinciones basadas en alguno de los criterios enumerados en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26 o no respetan la igualdad de derechos del hombre y la mujer, enunciada en el artículo 3, al disfrute de las garantías establecidas en el artículo 14 del Pacto no sólo vulneran el principio enunciado en el párrafo 1 de esta disposición de que "[t]odas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia" sino que pueden también equivaler a discriminación¹²⁸.

¹²⁵ Comunicación N° 909/2000, Mujuwana Kankanamge c Sri Lanka, párr. 9.4.

¹²⁶ Comunicación N° 263/1987, González del Río c el Perú, párrs. 5.2 y 5.3.

¹²⁷ Comunicaciones Nos. 933/2000, Mundy Busyo y otros c la República Democrática del Congo, párr. 5.2; 814/1998, Pastukhov c Belarús, párr. 7.3.

¹²⁸ Comunicación N° 202/1986, Alto del Avellanal c el Perú, párrs. 10.1 y 10.2.

PROYECTO DE TESIS



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE
LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN DE TESIS:

**TEMA: “ANÁLISIS Y SÍNTESIS DE: LA CONSTITUCIONALIDAD
DE LA FIGURA DE LA CONDENA DEL ABSUELTO, Y
VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE LA PLURALIDAD DE
INSTANCIAS, DE ACUERDO A LOS ARTÍCULOS 419.2 Y
425.3.B DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL AÑO 2004.”**

Bachiller David Alejandro Maco Cano para optar por el grado
de abogado.

PREÁMBULO: Génesis del Problema

El Código Procesal Penal que se promulgó en el año 2004 y que entro en vigencia, en Arequipa, en el año 2008; ha traído consigo una serie de cambios sustanciales en el proceso penal; cambios que nos han hecho pasar del sistema mixto (pero predominantemente inquisitivo), al sistema acusatorio-garantista; un sistema que se condice mucho más con la vigencia del estado constitucional de derecho (Sistema de leyes e instituciones ordenados en torno a la Constitución Política y en su defensa), modelo de Estado que se pretende seguir por nuestro país. El problema que planteo es en tanto al instituto procesal de la apelación; siendo más exacto, me centro en dos puntos: 1) En la figura de la condena en segunda instancia del que fuera absuelto en primera instancia o como es mejor conocida por la doctrina: “La condena del absuelto” y 2) Su vulneración al principio de la pluralidad de instancias de acuerdo a los arts. 419.2 Y 425.3.B del Código

Procesal Penal del 2004. Este es el tipo de problema que emana, precisamente, del hecho de que nuestro legislador no crea la norma que se requiere en la realidad sino que la “importa”, sin tomar en cuenta que debe antes, adaptarla a nuestro sistema jurídico del mejor modo posible; poniendo así, en evidencia, ciertas imprecisiones o contradicciones a la hora de su aplicación en el país.

El problema más resaltante que se encuentra en tanto a “la condena del absuelto”, es, básicamente, la posible violación al principio fundamental de pluralidad de instancias; principio consagrado en la Constitución Política de 1993 en su artículo 139.6; siendo, a su vez, un derecho fundamental reconocido por Tratados Internacionales; esto al considerar, una parte de la doctrina que, al no haber opción a que el absuelto en primera instancia que es condenado en segunda instancia por el ad-quem, acceda a una instancia superior ordinaria para que se revise la sentencia condenatoria una vez producida la figura de “la condena del absuelto”; esto acorde al art. 425.3.b concordado con el artículo 419.2 del Código Procesal Penal del 2004; se estaría atentando contra la Constitución Política DE 1992, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos; Tratados Internacionales que forman parte, del bloque de constitucionalidad por tratarse de tratados que reconocen derechos humanos, según nuestra Constitución Política de 1993. En la doctrina nacional, el primero en tomar postura por escrito sobre el tema ha sido el Magistrado Jorge Luis Salas Arenas, quien en su libro *“CONDENA DEL ABSUELTO Reformatio in Peius Cualitativa”*, se hace de la postura de la vulneración a derechos humanos por no adecuar nuestro sistema jurídico a los requerimientos de La Convención Americana de Derechos Humanos, con lo cual propone una reforma legislativa que nos permita acceder a una instancia superior en caso se presente la figura.

En cambio, en la jurisprudencia nacional, se está tomando la postura contraria; entre ellos el propio tribunal constitucional en el caso Pedro Ayala en el Exp. N.- 604-2001-HC/TC, considera que el principio a la pluralidad de instancias se satisface con la sola presencia de la doble instancia, es decir con el solo hecho de que se haya hecho una revisión por parte de un colegiado superior, con lo cual se desestimaría la violación al bloque de constitucionalidad; por su parte, la Suprema

Sala Constitucional y Social del Perú en el Exp. 2008-12172-15, se ha pronunciado con un similar razonamiento al plantear que: "...La doble instancia reconocida en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, 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..."

Ante estas dos posturas, es necesario el análisis, en concreto y profundo, de ambas posiciones, en favor y en contra de un posible atentado contra la Constitución Política por una desatención al art. 139.6 de nuestra Constitución Política por la inobservancia de Tratados Internacionales, y posible vulneración a un principio fundamental reconocido por un tratado de derechos humanos con carácter supranacional que nos es vinculante.

Tomando en cuenta esta problemática, pretendo hacer un análisis y síntesis de constitucionalidad de la figura de "la condena del absuelto" en nuestro país y la vulneración al principio de la pluralidad de instancias; esto al notar que para que una ley o en este caso, un artículo del código, sea aplicable, no solo basta con que sea legal sino también constitucional; es decir, que no contravenga la Constitución Política y mucho menos, el bloque de constitucionalidad; solo cumpliendo con ello, la ley se podrá convertir en una ley que respete el estado constitucional de derecho que pretendemos hacer nuestro. A su vez, es de mi interés, dar una perspectiva propia, en caso de que al final de mi investigación, tomará postura por la inconstitucionalidad de la figura; postura que conlleve a una solución legítima en corto plazo y que sea pasible de ser aplicada sin problemas en nuestro país.

1. Definición y descripción del problema.

Enunciado:

"Análisis y síntesis de: la constitucionalidad de la figura de la condena del absuelto, y vulneración al principio de la pluralidad de instancias, de acuerdo a los artículos 419.2 y 425.3.b del código procesal penal del año 2004."

Interrogante general:

¿Es constitucional la figura del fallo condenatorio en segunda instancia respecto de quien fue absuelto en primera instancia, y existe vulneración al principio de la pluralidad de instancias, en el Código Procesal Penal del año 2004 de acuerdo a la Constitución Política del Estado de 1993 y Tratados Internacionales sobre derechos humanos a los que nos hemos hecho parte?

¿Por qué es un problema?

Porque se podría estar produciendo una flagrante violación a los principios de la Constitución Política y Tratados Internacionales; principios que, al ser supuestamente dejados de lado con el Código Procesal Penal del 2004, significarían una violación al camino acusatorio-garantista que pretendemos seguir en nuestro país. Se hace evidente la posible violación al derecho constitucional a la pluralidad de instancias, y además a este como derecho fundamental reconocido por Tratados Internacionales y por tanto, parte del bloque de constitucionalidad; esto al no haber opción a que el condenado en segunda instancia acceda a una instancia superior ordinaria para que revise la sentencia una vez que se ha producido la figura de “la condena del absuelto”; esto se convertiría, por tanto, en inconstitucional e ilegítimo; por lo que es necesario el análisis de las posturas en favor y en contra que nos puedan aclarar la verdadera naturaleza de esta figura y alcances en nuestro país; así como esclarecer la posible afectación al principio de la pluralidad de instancias reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993.

2. Marco Conceptual:

o **CONSTITUCIONALIDAD:**

El Dr. Alejandro Silva Bascuñan, en su libro Tratado de Derecho Constitucional: Principios, Estado y gobierno, nos dice: *“Desde un punto de vista teórico, lo constitucional corresponde a lo que es realmente fundamental, o sea a los aspectos más importantes y trascendentales, atinentes al sistema del estado, al*

régimen de gobiernos y a las garantías cívicas. En doctrina se define, pues, lo constitucional conforme a su objetivo y a su propia naturaleza como lo que mira a la básica estructura del poder supremo. Es esta la materia o substancia de lo constitucional. Tal es lo constitucional en sentido material se entiende-dice Kelsen-aquellas normas que se refieren a los órganos superiores... En sentido adjetivo, es, entre tanto, constitucional todo lo que se contiene en el cuerpo fundamental, es decir, lo que, teóricamente principal o no, se inserta en el documento o documentos solemnes que lo integran.”¹

o **PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE DOBLE INSTANCIA:**

La corte constitucional de Colombia, en la sentencia C-650/01, nos dice: *“Tradicionalmente se ha aceptado que el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de impugnación que se reconoce a quienes han intervenido o están legitimados para intervenir en la causa, con el fin de poder obtener la tutela de un interés jurídico propio, previo análisis del juez superior quien revisa y corrige los defectos, vicios o errores jurídicos del procedimiento o de la sentencia en que hubiere podido incurrir el a-quo...”²*

Pero a su vez, llama la atención la sentencia C411 de 1997, que dice: *“...la doble instancia, con todo y ser uno de los principales [derechos...] dentro del conjunto de garantías que estructuran el debido proceso, no tiene un carácter absoluto, como resulta del precepto constitucional que lo consagra (artículo 31 C.P.), a cuyo tenor „toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley” (subraya la Corte)....”³*, por lo que, podemos tomar en cuenta que en Colombia, no se le toma como un derecho absoluto, aun cuando Colombia también es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos.

o **TRATADOS INTERNACIONALES PARA EL PERÚ:**

El Dr. Abraham Siles Vallejos en su artículo “EL RANGO JURÍDICO DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA

¹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de derecho constitucional, TOMO I Principios, Estado y Gobiernos. Páginas 90-91

² Sentencia C-650/01 de La corte constitucional de Colombia

³ Sentencia C411 de 1997 de La corte constitucional de Colombia

DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LOS INOCENTES INDULTADOS”, publicado en la revista *Derechovirtual.com* del Año I N° 3 Octubre 2006 - Enero 2007, nos dice: “...estamos ante una destacable evolución de la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución Política que, tomando distancia de la sentencia expedida en el caso de los inocentes indultados (julio del 2000), busca ahora consolidar la incorporación de los Tratados Internacionales de derechos humanos en el vértice superior del ordenamiento jurídico peruano y su aplicación directa e inmediata, lo mismo que la de las sentencias de los tribunales supranacionales, como parámetro de control de constitucionalidad.”⁴

o **FALLO CONDENATORIO:**

Para el portal <http://definicion.de/sentencia/>, el fallo condenatorio es: “La sentencia condenatoria, en cambio, acepta lo pretendido por el acusador o demandante.”⁵; para este caso, el derecho procesal penal, una sentencia condenatoria es cuando se acepta los cargos que el fiscal imputa al acusado.

o **FALLO ABSOLUTORIO:**

Para el portal <http://judicial.glosario.net/terminos%20judiciales/sentencia-definitiva-absolutoria-11655.html>, el fallo absolutorio es: “Es aquella que falla un juicio, resolviendo el hecho controvertido liberando completamente al imputado de los cargos formulados en su contra.”⁶; para este caso, sería dejar al acusado libre de cargos penales en su contra, por tanto, inocente.

o **PLURALIDAD DE INSTANCIAS:**

Para el portal principiosdelprocesocivil.es.tl/Principio-de-Doble-Instancia.htm, la pluralidad de instancias, como principio del proceso civil es: “Este principio hace referencia a que las partes podrán acudir ante un tribunal jerárquicamente

⁴ SILES VALLEJOS, Abraham. En su artículo “EL RANGO JURÍDICO DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LOS INOCENTES INDULTADOS”.

⁵ <http://definicion.de/sentencia/> revisado el día 20 de Abril del 2014.

⁶ principiosdelprocesocivil.es.tl/Principio-de-Doble-Instancia.htm revisado el día 20 de Abril del 2014.

superior cuando la petición sea rechazada por un tribunal jerárquicamente menor en grado y cuyo rechazo se encuentre apegado a derecho.

Se entiende por instancia, en su acepción más simple, cada uno de los grados del proceso, o, en sentido amplio, el conjunto de actuaciones que integran la fase del proceso surtida ante un determinado funcionario y a la cual entre le pone fin mediante una providencia en la cual decide el fondo del asunto sometido a su consideración.”

o **DERECHO DE REVISIÓN DEL FALLO:**

El Dr. Juan Carlos Abella, en el Informe n° 55/97, “Argentina”, caso 11.137, dijo: *“el derecho a la revisión implica el control de la corrección del fallo, tanto material como formal, con la finalidad de remediar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de normas que determinen la parte resolutive de la sentencia, reforzando la protección contra el error judicial.”*⁷

En tanto, el Dr. Julio Maier en su libro “Derecho Procesal Penal”, dijo: *“...El objeto y fin de la garantía de revisión del fallo y la pena reside en la intención de posibilitar remediar todo “error judicial” en perjuicio del imputado. En virtud de ello, la garantía en cuestión debe ser entendida al mismo tiempo como integrante de la garantía de Defensa en juicio, en la medida en que posibilita una segunda oportunidad de defenderse.”*⁸

o **CONDENA:**

Según el portal <http://definicion.de/condena/>, la condena es: *“La condena está asociada a una sentencia, que es la resolución judicial que pone fin a un litigio. Esta sentencia reconoce la razón o el derecho a una de las partes involucradas en el proceso, obligando a la otra a cumplir con ciertas obligaciones. Si el acusado es encontrado inocente, resulta absuelto; en otras palabras, no se lo condena.”*⁹

⁷ ABELLA, Juan Carlos, en el Informe n° 55/97, “Argentina”, caso 11.137 ante la CIDH.

⁸ MAIER, Julio en su libro “Derecho Procesal Penal” página 705.

⁹ <http://definicion.de/condena/> revisado el día 20 de Abril del 2014.

o **SISTEMA ACUSATORIO-GARANTISTA:**

El Dr. Mario Pablo Rodríguez Hurtado, dice: “...*Para caracterizar el modelo que trae el NCPP, como en su oportunidad se hizo con el código de 1991 y sus versiones mejoradas de 1995 y 1997, se recurre al calificativo de acusatorio, debido a que al examinar el tratamiento dado a las funciones procesales básicas se aprecia que el nuevo texto rituario efectúa una determinación perfectamente diferenciada, primero, de la persecución, comprensiva de la investigación, acusación y prueba de la misma; segundo, de la defensa o resistencia ante la incriminación; y, por último, del juzgamiento y fallo; es más, junto a esta determinación de funciones el código procede a atribuir las al respectivo sujeto procesal, entiéndase el Ministerio Público, el imputado y su defensor técnico, y el órgano jurisdiccional, respectivamente (artículos 1, 60, 61, referidos al Ministerio Público; artículos 71, 80, 84, alusivos al imputado y su defensor técnico, y artículo 16 relativo al órgano jurisdiccional); distinguiéndose así de las opciones inquisitivas o mixtas que confunden o superponen las funciones precitadas y sobredimensionan el rol de un sujeto procesal como el juez y postergan a los otros. Agrega que, en la determinación de las cualidades del nuevo modelo también se hace referencia al término garantizador o “garantista”, en razón a que el código contiene un tipo de proceso que integra de modo redoblado garantías procesales o escudos protectores del justiciable, quien no por estar sujeto a imputación y encartamiento deja de ser persona o pierde su dignidad de tal (artículo 71); distanciándose de este modo de las posiciones inquisitivas o mixtas para las cuales, de manera explícita o sobre entendida, el imputado es sólo un objeto al servicio del proceso que, por ejemplo, puede permanecer indefinidamente bajo prisión preventiva. Finalmente, el autor, señala que además de la nominación de acusatorio y garantizador, se afirma que el NCPP es de tendencia adversativa porque remarca la naturaleza principal del juicio público y oral, la trascendencia del contradictorio y la responsabilidad que en materia de actuación probatoria le corresponde a las partes que sostienen pretensiones contrarias; el Ministerio Público, como titular de la pretensión punitiva, y el*

*imputado y su defensor técnico a cargo de la pretensión libertaria. Gracias a esta nota adversativa se crean las condiciones para que el órgano jurisdiccional cumpla, durante la investigación, función de garante de los derechos fundamentales, y, en la etapa intermedia, de saneamiento; en tanto que en el juicio habrá de ocuparse ante todo de evaluar imparcialmente el resultado de la actividad probatoria realizada por las partes y emitir fallo de absolución o condena (artículos 356.1, 385.2, 29.2, 4, 5; 71.4, 253.1, 323, 393, 394, 398 y 399). En clara divergencia con los modelos inquisitivos o mixtos se aprecia que el NCPP no enturbia la imparcialidad del juez involucrándolo en actividades de investigación o pesquisa o atribuyéndoles la tarea de probar los hechos...*¹⁰

3. Marco Teórico

Después de una intensa búsqueda de antecedentes investigativos, no se ha hallado ninguna tesis que aborde el tema del análisis de la constitucionalidad de la figura de la condena del absuelto; es decir un análisis de las posturas a favor y en contra de su vulneración a un principio fundamental; así como tampoco hay un estudio sobre su vulneración al principio de la pluralidad de instancias por el Código Procesal Penal del 2004.

En tanto a la violación a Tratados Internacionales y afectación a principios constitucionales por la condena del absuelto, tenemos que el Magistrado Jorge Luis Salas Arenas en diciembre del año 2011, publicó el libro: “CONDENA DEL ABSUELTO Reformatio In Peius Cualitativa.”, bajo la cual hizo un planteamiento del problema en tanto a la afectación a la Constitución Política, pero planteando una solución con la que no está de acuerdo el tesista del presente proyecto. Esta publicación no hace un análisis profundo de ambas posturas, en favor y en contra, sino que más bien toma postura por la violación de un principio fundamental, por lo que puede ayudarnos a entender la génesis del problema y su desenvolvimiento en la práctica. Además, el mencionado libro cuenta con una compilación de casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

¹⁰ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. Artículo: “Los Principios de la reforma y el Título preliminar del nuevo Código procesal penal”, páginas 3-4.

casos que deberán ser analizados por tener modelos procesales similares, en los cuales se puede apreciar la supuesta flagrancia de la condena del absuelto, y recopila los casos en los que la CORTE SUPREMA a través de la Sala Constitucional Y Social, ha dado una postura distinta abocándose a la constitucionalidad de la figura, pero sin hacer un análisis a profundidad de dichos casos.

Entre los artículos científicos y ponencias, no se encuentra ninguna que trate específicamente el presente problema materia de investigación y comparación o brinde una solución, mas sí encontramos publicaciones que plantean la génesis del problema y que ayudarán a encontrar los principios que se estarían viendo afectados. Así tenemos gran cantidad de trabajos sobre el principio constitucional que se estaría viendo afectado, tema central en nuestra investigación y desde el cual partimos para analizarla constitucionalidad de la figura de la condena en segunda instancia respecto del que fuera absuelto en primera instancia; entre ellos destacamos la opinión para el VI Pleno Jurisdiccional De La Corte Suprema del Perú, realizado en el 2010, por del Dr. Arsenio Oré Guardia del tema “LA CONDENACIÓN DEL ABSUELTO” y la ponencia publicada por el Dr. Cesar Augusto Arévalo López, Abogado. Candidato a Magister en derecho penal. Con Estudios en Maestría Civil y Empresarial. Fiscal Provincial- Distrito Judicial San Martín, sobre “La condena del absuelto” que tuvo aparición el año 2011 en el blog del Colegio de Abogados de San Martín. Además del trabajo publicado el 2012 por el Ministerio Público de la Defensa de la ciudad de Buenos Aires - Argentina: “Otro triunfo de la Defensa Pública Interamericana”; asimismo el trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, titulado “La tutela judicial efectiva implica que la revisión de decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción sea especialmente rigurosa” del año 2010, que si bien trata principalmente sobre la tutela judicial efectiva, deja ver lo indispensable para que la tutela judicial efectiva se cumpla; podemos sacar importantes conclusiones sobre la tutela judicial efectiva. En tanto, por parte del supremo intérprete de nuestra Constitución Política, el Tribunal Constitucional, nos brinda la sentencia recaída sobre el Exp. N.-604-

2001-HC/TC; sentencia que aún no ha sido analizada a fondo y que da una postura en contra de esta posible vulneración a un principio fundamental.

4. Metodología

4.1. Interrogantes

- **PRINCIPAL:** ¿La figura de la condena del absuelto es constitucional en el Código Procesal Penal del 2004?
- **PRINCIPAL:** ¿Existe la afectación o violación al derecho constitucional a la pluralidad de instancias?
 - **SUBORDINADA:** ¿Existe violación a los principios de la Constitución Política de 1993?
 - **SUBORDINADA:** ¿Existe violación a los Tratados Internacionales sobre derechos humanos a los que nos hemos hecho parte?
- **PRINCIPAL:** ¿Es suficiente el recurso de casación para hacer una revisión de la figura de “la condena del absuelto” cuando esta se ha producido?
- **PRINCIPAL:** ¿Sería conveniente una reforma legislativa en el Código Procesal Penal para salvar este problema en caso de encontrarse efectiva vulneración a los principios de la Constitución Política o derechos de los Tratados Internacionales?
 - **SUBORDINADA:** ¿Qué tipo de reforma legislativa sería necesaria para salvar este problema en caso de encontrarse efectiva vulneración a los principios de la Constitución Política?

4.2. Objetivos

General:

Analizar y sintetizar el tema de la constitucionalidad de la figura de la condena del absuelto en nuestro país, y hallar una posible vulneración al principio-derecho de la pluralidad de instancias, de acuerdo a lo establecido por el artículo 425.3.b concordado con el artículo 419.2 del Código Procesal Penal del año 2004.

Específicos:

- Determinar si la figura de la condena del absuelto es constitucional en el Código Procesal Penal del 2004.
- Determinar si hay afectación al derecho constitucional a la pluralidad de instancias.
- Determinar si existe violación a los principios de la Constitución Política de 1993.
- Determinar si existe violación a los Tratados Internacionales sobre derechos humanos a los que nos hemos hecho parte.
- Evaluar si es suficiente el recurso de casación para hacer una revisión de la figura de “la condena del absuelto”.
- Evaluar la conveniencia de una reforma legislativa, en caso encontrarse la vulneración a algún principio de la Constitución Política o derecho de los Tratados Internacionales, que nos lleve a la solución del problema.
- Proponer una posible solución armonizadora e innovadora para el presente problema que, nos ayude a armonizar los principios constitucionales y el sistema acusatorio-garantista que se pretende seguir.

4.3. Justificación

Relevancia jurídico-social

La presente investigación es de trascendencia a la sociedad porque pretende un juicio de constitucionalidad hacia una figura que atentaría contra los principios de la propia Constitución Política y Tratados Internacionales. Esto permitirá optimizar el sistema procesal penal peruano y librar a la sociedad de posibles atentados contra sus derechos fundamentales.

Existen casos en los que personas han sido condenadas bajo esta figura. Esta investigación demostrará la constitucionalidad de esta figura cuando se use, en el futuro, en otras condenas; para esto, se analizará una posible

vulneración al principio de la pluralidad de instancias reconocido en nuestra Constitución Política de 1993.

Además, los resultados de esta investigación podrán ser generalizados en otros países de Latinoamérica que contemplan el mismo problema a razón de la “importación de normas” y no adaptarlas a sus sistema jurídico interno, por tratarse del análisis de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales, para evaluar la constitucionalidad de esta figura y su posible vulneración al principio de la pluralidad de instancias.

Originalidad

La figura objeto de estudio no ha sido tratado por la doctrina penal peruana a fondo; es más, solo dos juristas nacionales han tomado postura por escrito a la fecha; recordando que las publicaciones de estos juristas se da antes de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciara en el caso Mohamed Vs. Argentina; sentencia importante para este caso. Se encuentra, además, que muchos otros juristas y la mayoría de la población no conocen que existe tal figura porque aún no se aplica en sus distritos judiciales, y si la conocen, no han tenido mayor injerencia con ella en la realidad práctica. La originalidad radica por tanto en el propio objeto de estudio. Además el enfoque que se le dará al estudio: pretende un análisis de las posturas a favor en contra de la posible vulneración tanto a principios fundamentales como a la Constitución en sí; para luego hacer una síntesis del problema y, como pasó final, buscar una solución que no sea solo legal sino que nos haga llegar a una conclusión legítima; análisis nunca antes realizado.

Viabilidad

El proyecto es viable porque se dispone de los recursos financieros, humanos y materiales para realizarlo.

Al ser un estudio cuya única técnica será la observación documental es de vital importancia la disponibilidad de una bibliografía necesaria para realizarlo. Este requisito es cumplido satisfactoriamente ya que se cuenta (biblioteca personal y biblioteca de la universidad) con los libros necesarios para desarrollar la tesis.

La presente investigación reviste un interés especial por el tesista, quien tiene especial interés por el nuevo proceso penal que se ha adoptado en el país y por la evolución a un efectivo estado constitucional de derecho como base del respeto a los derechos humanos.

Adicionalmente, dada la complejidad de la tesis, se dispone del tiempo suficiente para realizar la presente y abordarla con el mayor interés.

4.4. Hipótesis

Teniendo en cuenta que:...

- o Estamos frente al cambio de Código Procesal Penal en el Perú y no solo el cambio del Código, sino también un giro en tanto al modelo procesal penal que teníamos con anterioridad, por uno nuevo en el año 2004; modelo que nos pone a la vanguardia en los procesos penales acusatorios-garantistas en Latinoamérica.
- o La figura de la condena del absuelto, da la posibilidad que se condene en segunda instancia al que hubiere sido absuelto en primera instancia y después de que se realiza esta primera condena en segunda instancia, no existe una instancia superior ordinaria que pueda revisar lo decidido por el *ad-quem*.
- o La Constitución Política es más que una norma común y defiende, en su interior, los derechos fundamentales de las personas; por lo cual, está por delante de todas las normas existentes en el sistema jurídico peruano.

- o Los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, nos son de obligatorio cumplimiento por servir estos para interpretar la Constitución Política y ser parte del bloque de constitucionalidad.
- o La casación es un recurso extraordinario bajo el cual no se pueden atender temas relativos a la valoración de hechos y recordando que la casación está sujeta a causales.
- o Somos parte de un modelo legislativo bajo el cual “una ley se deroga por otra ley”.
- o Estamos en un Estado que pretende la defensa de la Constitución y que hemos adoptado un modelo procesal penal que atiende más concienzudamente los derechos de los acusados.

Es probable que:...

- o Al estar frente a un cambio de Código Procesal Penal y modelo de sistema procesal penal, figuras como la de “la condena del absuelto” no “encajen” a la perfección en nuestro sistema jurídico, generándose contradicciones con la Constitución o Tratados Internacionales a los que nos hemos hecho parte; contradicciones que generarían la inconstitucionalidad de la figura por atentar contra los principios o derechos de la Constitución Política o Tratados Internacionales sobre derechos humanos.
- o La condena del absuelto, al ser una figura que nace de un modelo procesal penal importado por el legislador y no haber adaptado este como es debido al sistema jurídico interno peruano, generará vulneraciones a los principios de la Constitución Política de 1993; en este caso el principio-derecho a la pluralidad de instancias.
- o Estemos frente a una afectación del derecho constitucional de la pluralidad instancias; esto por no otorgar al condenado por primera vez en segunda instancia, una instancia ordinaria superior a la cual poder recurrir para cuestionar su primera condena.

- o Estemos frente a una afectación de un derecho de los Tratados Internacionales que defienden la doble conforme; esto por no otorgar al condenado por primera vez en segunda instancia, una instancia ordinaria superior a la cual poder recurrir para cuestionar su primera condena.
- o La casación no sea un recurso efectivo para satisfacer la Constitución Política y Tratados Internacionales en cuanto a la revisión de la figura del fallo que condena en segunda instancia al que fuera absuelto en primera instancia.
- o Si se encuentra la efectiva afectación de derechos fundamentales o atentado a principios constitucionales, debemos hacer uso de una reforma legislativa que corrija esta vulneración encontrada.
- o Debamos buscar una reforma legislativa que atienda no solo a la búsqueda de la legalidad, sino también a la búsqueda de la legitimidad de la norma en nuestro ordenamiento jurídico interno.

4.5. Técnicas e instrumentos

Técnica: Observación documental y teórica:

Instrumentos:

- Fichas bibliográficas y hemerográficas.
- Fichas de resumen.
- Fichas textuales.
- Análisis de jurisprudencia nacional e internacional.
- Análisis de doctrina nacional e internacional.
- Entrevistas con juristas entendidos sobre la materia en teoría y la práctica.

Finalmente, serán absueltas, en forma analítica, cada una de las interrogantes expuestas líneas arriba, exponiéndose los fundamentos que motivan la posición adoptada por el autor de estas líneas con el siguiente esquema:

1. INTRODUCCIÓN

2. I Capítulo:

Conceptos generales.

3. II Capítulo:

Posturas a favor de la condena del absuelto.

4. III Capítulo:

Posturas que cuestionan la condena del absuelto.

5. IV Capítulo:

La postura que se elige.

6. V Capítulo:

Soluciones aplicables al Perú y la elección de la mejor solución.

5. Bibliografía.

- AREVALO LOPEZ, CESAR AUGUSTO. “LA CONDENA DEL ABSUELTO EN SEGUNDA INSTANCIA DE ACUERDO AL N.C.P.P.”. En: Blog del Colegio de Abogados de San Martín. <http://abogadosanmartin01.blogspot.com/2011/08/la-condena-del-absuelto-en-segunda.html>
- DÍAZ, Elías. Ensayo titulado “FILOSOFÍA DEL DERECHO: LEGALIDAD-LEGITIMIDAD”. En publicación “FILOSOFÍA HOY, (XX)”; Madrid.
- Jurisprudencia internacional vinculante – Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Herrera Hulloa vs. Costa Rica.
- Jurisprudencia internacional vinculante – Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Mohamed vs. Argentina.
- RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. “Los Principios de la reforma y el Título preliminar del nuevo Código procesal penal”. En: Revista Institucional N° 8: Artículos y ensayos en torno a la reforma del sistema procesal penal y apuntes de la justicia constitucional. Academia de la Magistratura. Lima. Marzo – 2008.
- SALAS ARENAS, Jorge Luis. Condena del Absuelto Reformatio in Peius Cualitativa, Editorial IDEMSA, Lima, 2011.

- SAN MARTÍN CASTRO, César E. Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Grijley, Lima, 2003.
- Sentencia C-650/01 de La Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C411 de 1997 de La Corte Constitucional de Colombia.
- SILES VALLEJOS, Abraham. En su artículo “EL RANGO JURÍDICO DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DE LOS INOCENTES INDULTADOS”, publicado en la revista Derechovirtual.com del Año I N° 3 Octubre 2006 - Enero 2007.
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro. Tratado de derecho constitucional, TOMO I Principios, Estado y Gobiernos. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997.
- LÍNARES REBAZA, Dyrán Jorge. “EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO Y SU CARÁCTER ACUSATORIO, GARANTISTA Y ADVERSARIAL.”. En: Blog “Derecho, Justicia & Sociedad”. <http://derechojusticiasociedad.blogspot.com/2009/03/el-nuevo-codigo-procesal-penal-peruano.html>

6. Bibliografía Provisional.

6.1. En tanto al proceso penal acusatorio-garantista:

- ✓ CALDERÓN SUMARRIVA, Ana. “Análisis Integral del Nuevo Código Procesal Penal”. Editorial San Marcos. Lima. 2006.
- ✓ GARCIA VALENCIA, Jesús Ignacio. “Las pruebas en el proceso penal”. Cuarta edición. Ediciones Gustavo Ibáñez. Medellín – Colombia. 2003.
- ✓ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Exégesis del nuevo Código procesal penal”. Editorial Rodhas. Lima. Abril – 2007.
- ✓ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. “Los Principios de la reforma y el Título preliminar del nuevo Código procesal penal”. En: Revista Institucional N° 8: Artículos y ensayos en torno a la reforma del sistema procesal penal y

apuntes de la justicia constitucional. Academia de la Magistratura. Lima.

Marzo – 2008.

- ✓ RIFA SOLER, José María, et al. “Derecho Procesal Penal”. Fondo de publicaciones del Gobierno de Navarra. Pamplona – España. 2006.
- ✓ RIFA SOLER, José María, et al. “Derecho Procesal Penal”. Fondo de publicaciones del Gobierno de Navarra. Pamplona – España. 2006. p. 32-33.
- ✓ RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. “Los Principios de la reforma y el Título preliminar del nuevo Código procesal penal”. En: Revista Institucional N° 8: Artículos y ensayos en torno a la reforma del sistema procesal penal y apuntes de la justicia constitucional. Academia de la Magistratura. Lima. Marzo – 2008.

6.2. En tanto a la condena de segunda instancia:

- ✓ FERRAJOLI, Luigi, “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia”. En: Nueva Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires, 1996.
- ✓ HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.
- ✓ SAN MARTÍN CASTRO, César E. Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Grijley, Lima, 2003.
- ✓ SALAS ARENAS, Jorge Luis. Condena del Absuelto Reformatio in Peius Cualitativa, Editorial IDEMSA, Lima, 2011.
- ✓ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes. “La prueba en la apelación de sentencias penales del proceso penal abreviado”. En: Justicia - Revista de Derecho Procesal, JM Bosch Editor, 2000.
- ✓ MIXAN MASS, Florencio. Juicio oral, Marsol, Trujillo, 1994, p. 511. GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Nombre del autor :.....

Año de publicación

:.....

Título del libro

:.....

Lugar de edición

:.....

Nombre de la editorial

:.....

Nombre de la biblioteca

:.....

FICHA HEMEROGRÁFICA

Nombre del autor :

Año de publicación

:

Título del artículo/tesis :

Nombre de la revista :

Volumen y edición

:

Intervalo de páginas :



FICHA BIBLIOGRÁFICA INTERNET

Nombre del autor :.....

Lugar y año :.....

Título del art. o ent. :.....

Título de la página :.....

Enlace

:.....



FICHA DE MATERIAL AUDIOVISUAL

Nombre del autor :.....

Año de publicación

:.....

Título del video :.....

Formato del material :.....

Nombre del enlace :.....

