

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 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; 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 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 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

I.- 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, con 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



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 por el 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.

II.- 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



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 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 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 General Sánchez Cerro y cincuenta por ciento a favor del Ministerio de Justicia representado por el Procurador Público Anticorrupción de Moquegua.

III.- Del Trámite del recurso de casación.

PRIMERO: Leída 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 bien 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 este la posibilidad de apelar dicho fallo.

SEGUNDO: 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 expedir sentencia; advirtiéndose que los recurrentes Henry Froilan Coayla

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

I.- Del ámbito 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 Instancia Suprema-, el motivo de casación admitido se circunscribe al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la "condena 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 incurriendo 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?.



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 inmediatez 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, 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 éste la 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.

II.- 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 Froilan 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 se 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 o autorizar el pago de remuneraciones a ocho trabajadores en la "Obra de Mejoramiento de Canal Manzanayo", sin que hayan trabajado en forma



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.

III.- 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 obra, 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 suscribirlas, 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 ese sentido una conducta omisiva, la cual era necesaria a los fines de concretar 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 ilícita 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 ciertos, que como funciones específicas le asignaba el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad agraviada, en conclusión también formó parte del plan delictivo.



III.- Del motivo casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial relacionada con la condena del absuelto.

SEXTO: Que, nuestro ordenamiento jurídico nacional contempla en los artículos cuatrocientos diecinueve numeral dos¹ y cuatrocientos veinticinco numeral tres literal 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 se desconocía o que fueron indebidamente denegadas o las no practicadas en primera instancia.

SÉTIMO: Que, en aplicación de dichas normas, la sentencia recurrida condenó a los encausados Jorge Manuel Sotomayor Vildoso, Henry Froilán Coayla Apaza y Luis Enrique Rodríguez Cuellar, quienes habían 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 incisos 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 si el derecho a la pluralidad de la instancia en materia penal implica: doble conforme o simplemente doble instancia al margen de quien impugne la

¹ 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.

² 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.



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.

DÉCIMO: 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: **i)** tal disposición es reconocida en condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el *ad quem* sólo pueda absolver al condenado cuando éste cuestione la condena, pero no 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; **ii)** 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 afectándose 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 prevalecer sobre el primero -considerando quinto y sétimo de la citada sentencia-; y, **iii)** 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-.

DÉCIMO PRIMERO: En vista a ello, una primera cuestión a dilucidar debe responder a 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: **i)** renovada argumentación a favor de la



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, **ii)** 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.

DÉCIMO 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 Rodríguez 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 redactada 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 (PIDCP) por cuanto al respecto consigna



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 *ius puniendi* 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 cuál 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 haya 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 implique 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.

12.1.4.- Se discute este tipo de interpretación -lingüística- 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", promoviéndose 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 impugnatoria que habilite al procesado condenado a que su sentencia sea 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

mención. 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, está 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 glosados, el derecho que tiene toda persona a recurrir las sentencias que impongan una condena penal y, en general, una medida de coerción personal. Por otro lado, como puede verse del fundamento veinte, para el Tribunal 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*

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 fin para el cual fue concebido, esto es, evitar la consolidación de una situación de injusticia. Además debe ser accesible, sin requerir mayores formalidades que tornen ilusorio el derecho. 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 distinto y de superior jerarquía orgánica (caso Herrera Ulloa 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".

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 la 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

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 hallarse 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 mérito 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, Florencio. Juicio oral, Marsol, Trujillo, 1994, p. 511. GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal. EDDILI, Lima, 1984, p. 329.

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: **i)** 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 piense en el ámbito de los recursos y en las facultades que tiene el órgano judicial; **ii)** 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; **iii)** 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 eventuales 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*

*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 dicha 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 I, Rubinzal-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.

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, imponía el Estado de 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 actos 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 probatoria⁸.

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 I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996. pp. 718 y 719.

⁸ 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, p. 343.

instantie), 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 fáctica 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.

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: **i)** 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 quo*. En efecto, si consideramos a la doble instancia, por ende a la apelación, como garantía para la corrección de los errores y vicios en que haya incurrido el Juez *Ad quo*, 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; **ii)** 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 garantía contra la ilegalidad, la arbitrariedad, el abuso o el error judicial.

12.3.2.- Así, se reconoce que la doble instancia tiene un impedimento 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 referirse 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

¹⁰ SAN MARTÍN CASTRO, César E. Derecho Procesal Penal, 2da. Edición, Grijley, Lima, 2003, p. 1016

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 penal, sino 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 primera¹¹, para valorar los medios de prueba que habían sido actuados ante el *Ad quo*, 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 sostenía 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.

valorado, sin intermediación, las mismas pruebas que había 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: **i)** la exigencia de intermediación y oralidad también cobra pleno sentido en la segunda instancia penal; **ii)** estando en segunda instancia no es posible valorar la prueba practicada ante el *Ad quo* 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, **iii)** el órgano de apelación también necesita "ver" y "oír" los medios de prueba, en atención a su naturaleza.

12.4.2.- Ante lo expuesto podría concluirse alternativamente lo siguiente: **i)** 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, **ii)** que, el órgano *Ad quem* no pueda modificar la valoración de medios de prueba en las 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 García-Calvo y Montiel, "El 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.

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"¹⁴.

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 Llorente, 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

¹⁴ inciso 2) del artículo 425 del Código Procesal Penal.

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 reflejada 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: **i)** 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; **ii)** 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, **iii)** 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* estará 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.



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.

DÉCIMO 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 audiencia 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 encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.

DÉCIMO SÉTIMO: 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 nomofilaquia". En: Nueva Doctrina Penal, 1996-B, Buenos Aires, 1996.

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 eminentemente circunstancial, pues lo decisivo es si la condena de quien había 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 cabrá 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 quo*, 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 a 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



apelación se circunscribió a escuchar los alegatos de las partes, esto es, no se actuó 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.

DÉCIMO 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.



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:

I. 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.

II. 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, en 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.

III. **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.



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 Villa Stein.-

SS.

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

BA/rnp.

09 MAY 2014

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL SEÑOR 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, explicaba 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 significaría **"una condena en instancia única"**, ante la imposibilidad de no existir un recurso impugnatorio de configuración legal, que habilite la revisión del fallo, en otra "instancia" ordinaria.

En el presente caso, al no existir esta posibilidad procesal, toda vez que el recurso 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 perse incompatible con la*

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 195-2012
MOQUEGUA**

Constitución Política del Estado... ", en razón a que debe imperar en este caso, lo normado o prescrito por el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

SS.

MORALES PARRAGUEZ

09 MAY 2014

SE PUBLICO CONFORME A LEY



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

legis.pe